

Deliberazione n. 34 Adunanza del 9 marzo 2011

Allegato

Oggetto: indagine sugli affidamenti di servizi da parte delle ASL.

1) VISF/GE/10/52630 **Asl Avellino**; 2) VISF/GE/10/54171 **Asl Teramo**; 3) VISF/GE/10/54233 **Asl Sulmona**; 4) VISF/GE/10/54426 **Asl 20 Verona**; 5) VISF/GE/10/54681 **Asl Latina**; 6) VISF/GE/10/54781 **Asl Umbria 3**; 7) VISF/GE/10/54785 **Asl Veneto 7**; 8) VISF/GE/10/54801 **Asl Forlì**; 9) VISF/GE/10/55031 **Asl Monza e Brianza**; 10) VISF/GE/10/57922 **Asl 3 Catania**; 11) VISF/GE/10/56328 **Asl Veneto 13**; 12) VISF/GE/10/56948 **Asl 6 Vicenza**; 13) VISF/GE/10/57124 **Asl Cesena**; 14) VISF/GE/10/57303 **Asl 7 Siena**; 15) VISF/GE/10/57724 **Asl Vercelli**; 16) VISF/GE/10/57785 **Asl Medio Friuli**; 17) VISF/GE/10/57814 **Asl Rimini**; 18) VISF/GE/10/56325 **Asl Reggio Emilia**; 19) VISF/GE/10/58381 **Asl Veneto 10**; 20) VISF/GE/10/58497 **Asl La Spezia**; 21) VISF/GE/10/58649 **Asl Prato**; 22) VISF/GE/10/58804 **Asl Alta Padovana**; 23) VISF/GE/10/59176 **Asl Livorno**; 24) VISF/GE/10/60019 **Asl Brindisi**; 25) VISF/GE/10/60025 **Asl Roma C**; 26) VISF/GE/10/60077 **Asl Lecco**; 27) VISF/GE/10/60263 **Asl Roma D**; 28) VISF/GE/10/60284 **Asl Belluno**; 29) VISF/GE/10/61004 **Asl Treviso**; 30) VISF/GE/10/61274 **Asl Napoli 1**; 31) VISF/GE/10/61309 **Asl Empoli**; 32) VISF/GE/10/62149 **Asl Pescara**; 33) VISF/GE/10/62151 **Asl Napoli 2**; 34) VISF/GE/10/62199 **Asl Torino Chivasso**; 35) VISF/GE/10/62202 **Asl Sassari**; 36) VISF/GE/10/62682 **Asl Verona**; 37) VISF/GE/10/63263 **Asl Roma F**; 38) VISF/GE/10/65235 **Asl BAT**; 39) VISF/GE/10/80345 **Asl Massa Carrara**; 40) VISF/GE/10/80510 **Asl Caserta**; 41) VISF/GE/10/83140 **Asl Padova**; 42) VISF/GE/10/83400 **Asur Marche**.

IL CONSIGLIO

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la legge n. 381/1991;

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza servizi e forniture;

CONSIDERATO IN FATTO

Con comunicato del 21 Luglio u.s., il Presidente dell'Autorità ha invitato tutte le stazioni appaltanti che procedono ad affidamenti ai sensi dell'art. 5 della legge n. 381/91, ad effettuare le relative comunicazioni all'Osservatorio dei contratti pubblici, evidenziando, al contempo che "non possono essere stipulate convenzioni ai sensi dell'art. 5 co. 1, legge n.381/91 per la fornitura di servizi socio-sanitari ed educativi (art. 5, co.1, lett. a)".

Successivamente, con nota prot. n. 50183/2010/OSAM del 30.07.2010, l'Osservatorio ha richiesto in particolare a tutte le ASL di fornire a questa Autorità l'elenco degli affidamenti disposti in applicazione della richiamata disciplina.

Dai dati raccolti sono emerse diverse incongruenze ritenute meritevoli di più approfondito accertamento, in quanto molti degli affidamenti comunicati dalle ASL interpellate non rientravano nei limiti di importo e di oggetto fissati dalla normativa di settore.

Infatti, l'art. 5, c. 1, della legge 8 novembre 1991 n. 381, in materia di cooperative sociali, consente agli enti pubblici ed alle società di capitali a partecipazione pubblica di stipulare "anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della p.a." apposite convenzioni con le cooperative sociali per la fornitura di "beni o servizi" diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, il cui

importo stimato sia inferiore alla c.d. soglia comunitaria e purché tali convenzioni siano finalizzate alla creazione di opportunità di lavoro per le persone svantaggiate. In altri termini, viene in rilievo la distinzione contenuta nella stessa legge 381 che all'art. 1 menziona le cooperative c.d. di tipo A aventi ad oggetto la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi e quelle di tipo B, le quali svolgono attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Le convenzioni di cui all'art. 5 possono essere stipulate con quest'ultima tipologia di cooperative, sempre che l'importo dell'affidamento non superi la soglia di rilevanza comunitaria. In mancanza delle condizioni specificate, l'utilizzo delle convenzioni in discorso non può ritenersi ammesso; parimenti è da escludersi l'applicabilità della disposizione richiamata in caso di indebito frazionamento degli importi degli affidamenti.

Pertanto, con riferimento alle comunicazioni contenenti dati di affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria o che comunque presentavano aspetti manifestamente o presumibilmente critici, in quanto aventi ad oggetto servizi socio-sanitari o educativi, sono stati avviati dei procedimenti istruttori. In particolare, l'indagine ha riguardato 291 contratti, per un importo complessivo di € 311.455.845,76 mentre le Asl interpellate sono state 42.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.Premessa

Dall'analisi della documentazione e delle risposte pervenute è emerso che in vari casi le incongruenze rilevate sono dipese da inesattezze commesse dalle stazioni appaltanti nella predisposizione delle comunicazioni; infatti, negli elenchi sono stati inseriti non solo – come richiesto – affidamenti diretti disposti ai sensi art. 5 della legge n. 381/91, ma anche appalti assegnati a seguito di procedura di evidenza pubblica, aggiudicati a cooperative sociali ed aventi ad oggetto servizi sociali, che evidentemente non rientrano nell'ambito di operatività della richiamata disciplina derogatoria.

In vari casi, dunque, i chiarimenti delle stazioni appaltanti hanno consentito di escludere la sussistenza di irregolarità¹.

In altri casi, invece, si è accertato che anche servizi sociali di importo sopra-soglia sono stati assegnati tramite convenzionamento diretto e senza previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica, in applicazione della legislazione regionale di settore che – come sarà chiarito più avanti – ammette l'utilizzo di questo strumento anche per questi servizi e importi. Al fine di evidenziare tutte le criticità emerse sia rispetto agli affidamenti rientranti nell'ambito di operatività dell'art. 5 della legge n. 381/1991, che negli altri casi ai quali si è appena accennato, si espongono di seguito i profili problematici riscontrati con maggiore frequenza nelle diverse istruttorie condotte. Gli esiti di ciascun procedimento istruttorio avviato sono invece indicati sinteticamente nel prospetto allegato.

In particolare, con riferimento all'applicazione dell'art. 5, si è riscontrato che solo in un numero molto esiguo di casi, gli affidamenti sono stati disposti in palese violazione dei limiti di importo posti dalla legge; in diversi altri procedimenti dei quali si darà conto di seguito si è rilevato, invece, che nonostante l'apparente conformità al dettato normativo, non è da escludere la possibile elusione di quegli stessi limiti da ultimo citati, a causa di un indebito frazionamento degli importi dei contratti stipulati.

Inoltre, come sarà meglio esposto più avanti, si ritiene che anche quando si sia in presenza delle condizioni di oggetto e importo indicati dall'art. 5, la legge non consenta comunque – come riscontrato in alcuni casi – che il medesimo servizio possa essere assegnato tramite affidamento diretto alla stessa cooperativa per diversi anni e senza alcuna forma di rotazione. Infine, si ritiene

di escludere che le convenzioni di cui all'art. 5 possano avere ad oggetto, oltre a servizi strumentali di cui è destinataria l'amministrazione anche servizi che siano rivolti al pubblico (es. gestione di bar o parcheggi), come di recente evidenziato anche dalla giurisprudenza amministrativa, che in particolare si è occupata di servizi pubblici locali.

In secondo luogo, saranno evidenziate le problematiche riguardanti le leggi in materia di cooperative sociali di alcune regioni, Veneto, Puglia e Lazio. In particolare, nel corso dell'istruttoria è emerso che le problematiche relative a ben 10 ASL riguardano gli effetti dell'applicazione della legge regionale del Veneto ed i relativi atti di indirizzo in materia di cooperative sociali. Infatti, la disciplina contenuta nell'art. 5 della legge n. 381/1991 ha carattere assolutamente eccezionale e pertanto non sembra potersi ammettere che l'estensione di istituti – quali il convenzionamento diretto – possa essere sancita da leggi o tantomeno da atti di indirizzo regionali; parimenti non può ritenersi legittima una disciplina regionale che consente alle amministrazioni procedenti di riservare la partecipazione alle gare alle sole cooperative sociali iscritte nei relativi Albi, pur in assenza dei presupposti di cui all'art. 52 del codice dei contratti. Infine, si darà conto di ulteriori questioni emerse dall'esame della documentazione pervenuta, tuttavia non correlate alla applicazione della legislazione speciale in materia di cooperative sociali. Infatti, in un caso è stata rilevata la mancata specificazione nei documenti di gara dei criteri per l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, mentre in numerosi altri si è riscontrato un largo uso di proroghe se non addirittura di rinnovi non considerati ai fini del calcolo dell'importo totale dell'affidamento, disposti nelle more dell'individuazione del nuovo affidatario.

2. Problematiche relative all'applicazione dell'art. 5

2.1 Il superamento delle soglie di fatturato

All'esito delle verifiche svolte è emerso che in due casi le ASL hanno sottoscritto convenzioni in applicazione dell'art. 5 della legge n. 381/91 in palese violazione dei limiti di importo contrattuale previsti dalla richiamata normativa nazionale. Alla prima azienda è stato contestato di aver sottoscritto una convenzione con una cooperativa di tipo B avente ad oggetto il servizio di stampa moduli dell'importo di € 717.500; ad ogni modo l'atto risale al 2006 ed è ormai scaduto. Per quanto riguarda il secondo caso la convenzione è stata stipulata nel 2008 con una cooperativa locale per la fornitura di beni e servizi, in palese violazione dell'art. 5 in quanto l'importo previsto era di € 499.699,61.

2.2 La mancanza di rotazione

Si è già chiarito come, nella maggior parte dei procedimenti, si sia riscontrato che gli affidamenti comunicati all'Osservatorio non erano in realtà da ricondurre all'ambito di operatività dell'art. 5, in quanto disposti dalle diverse ASL procedenti a seguito di gara ad evidenza pubblica.

In pochi casi, infatti le ASL hanno dato riscontro alla richiesta dell'Osservatorio, trasmettendo l'elenco dei soli affidamenti disposti ai sensi dell'art. 5.

In particolare in due di questi casi riscontrati per le Province di Rimini e Reggio Emilia, è emerso che l'utilizzo del convenzionamento diretto con le cooperative di tipo B si inquadra in un contesto normativo locale che riguarda la promozione dell'occupazione e che ha trovato applicazione in un Protocollo di intesa siglato da Provincia, Comuni, ASL locale e i consorzi di cooperative sociali di tipo B operanti nella zona.

L'accordo prevede, in generale, che tra i soggetti firmatari si implementi un coordinamento articolato per distretti e finalizzato, appunto, all'inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati; più in particolare – per quanto qui interessa – si prevede che per l'approvvigionamento di beni e

servizi mediante convenzione ai sensi dell'art. 5 comma 1 della l. 381/91 l'amministrazione procedente si rivolga ai Consorzi di cui fanno parte le cooperative di tipo B locali, i quali provvedono ad indicare quella in grado di effettuare il servizio. Sicché per l'approvvigionamento dei servizi – quali inserimento ed elaborazione dati, pulizia, manutenzione delle aree verdi e per la fornitura di modulistica – si è fatto sistematicamente ricorso allo strumento del convenzionamento ex art. 5 della legge n. 381/1991; infatti, nel caso in discorso, con riferimento al periodo dal 2006 al 2010 sono stati comunicati ben 46 affidamenti, dell'importo medio di € 46.000,00 circa e che complessivamente raggiungono nel quadriennio considerato l'importo totale di poco più di € 2.000.000.

Al riguardo, è emerso che ciascuno degli affidamenti esaminati rientra nei parametri indicati dalla disciplina nazionale di riferimento, avendo ad oggetto servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, di importo di gran lunga inferiore alla soglia comunitaria; solo in alcuni casi, è stato indicato un importo a base d'asta (pari a € 200.000 iva inclusa) vicino, ma comunque inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria ed il servizio è stato affidato ad un raggruppamento temporaneo (scelto a seguito di una procedura negoziata nella quale sono state invitate a presentare offerta le cooperative indicate dai Consorzi che hanno sottoscritto il protocollo sopra menzionato).

Nondimeno, l'assetto determinatosi in relazione agli affidamenti in esame suscita perplessità, oltre che per i possibili profili di violazione della normativa a tutela della concorrenza, anche perché risulta che dal 2006 ad oggi in ciascun distretto è sempre presente la stessa cooperativa², alla quale, di anno in anno o anche per periodi più limitati è stato, comunque, confermato l'affidamento dello stesso servizio sulla base delle indicazioni del Consorzio che raccoglie le cooperative locali; così è avvenuto anche per affidamenti di importo più elevato come quello relativo alla fornitura di modulistica, assegnato nel 2007, nel 2008 e nel 2009 alla medesima cooperativa sociale (rispettivamente per € 200.000, € 200.000 e € 145.000, iva inclusa).

Alla luce di quanto riscontrato nel caso di specie, in via generale, occorre rilevare che, al fine di evitare un uso distorto dell'istituto del convenzionamento, la stazione appaltante procedente dovrebbe verificare la possibilità di affidare il servizio per periodi più lunghi ovvero quella di accorpare un maggior numero di strutture; procedendo per importi più elevati sarebbe, poi, necessario un maggior confronto competitivo che possa garantire il rispetto dei principi di rotazione e di economicità.

Al riguardo, occorre infatti ricordare quanto evidenziato dalla giurisprudenza (T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, 9 dicembre 2008, n. 11093), secondo cui in ragione del carattere assolutamente eccezionale della disciplina di cui all'art. 5, legge n. 381 del 1991 non può ammettersi che il rinvio allo strumento della convenzione, possa consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale; infatti, in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l'individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento di servizi per la pubblica amministrazione, occorre comunque il ricorso ad un confronto nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della par condicio. Nel caso esaminato il Tar aveva ad esempio ritenuto illegittimo l'operato dell'amministrazione procedente "...che eludendo il predetto art. 5, ha frazionato l'importo complessivo in più importi parziali relativi alle prestazioni connesse al servizio che ha dato in affidamento diretto togliendo, in tal modo, qualunque vitalità al limite di importo stabilito nella norma anzidetta al fine dell'operatività dell'eccezione in essa contenuta".

2.3 L'interpretazione distorta della finalità di reinserimento lavorativo

Un problema di frazionamento e di conseguente elusione dei limiti imposti dall'art. 5 sembra emergere, seppur per ragioni diverse, anche nel caso di alcuni affidamenti, tutti assegnati nel 2010 mediante convenzione per importi inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria, ma in favore della medesima cooperativa di tipo B, già affidataria in precedenza degli stessi servizi. Nella specie, si tratta di un contratto avente ad oggetto il servizio di disinfezione per l'importo di €

204.000 (oltre iva) e di altre 4 convenzioni aventi ad oggetto il servizio di portierato e quello di ausiliario per un importo totale di oltre € 300.000. Nel caso esaminato si ritiene che i servizi di portierato e quelli di ausiliario dovessero essere considerati unitariamente e che pertanto l'asl procedente non avrebbe potuto utilizzare lo strumento del convenzionamento diretto, in quanto l'importo del servizio da acquisire superava la soglia di rilevanza comunitaria.

Nel fornire chiarimenti proprio in merito alle convenzioni in questione, la ASL procedente ha evidenziato che la scelta di confermare la precedente affidataria per i predetti servizi si correla alla necessità di non interrompere il percorso riabilitativo/terapeutico iniziato dai soggetti svantaggiati già operanti; inoltre, con particolare riferimento ai servizi di portierato e di ausiliario – per i quali l'ASL ha stipulato sempre con la stessa cooperativa una diversa convenzione per ciascuna struttura – si è evidenziato che in realtà le quattro convenzioni hanno ad oggetto attività differenti non solo perché svolte in diversi edifici, ma soprattutto perché “strettamente correlate e commisurate allo stato e grado di patologia ed handicap del soggetto svantaggiato incaricato di svolgerle”.

Al riguardo, giova sottolineare che in base a quanto dispone la legge n. 381/1991 l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate non può essere considerato un servizio, né tantomeno l'oggetto di una convenzione ai sensi dell'art. 5; infatti, mediante quest'ultimo strumento, l'amministrazione procedente – come più volte chiarito – acquisisce servizi diversi da quelli socio-sanitari, nell'ambito della cui esecuzione saranno anche create nuove opportunità di lavoro per i soggetti indicati dalla legge (sul punto, cfr. T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 11 marzo 2008, n. 40).

Diversamente, nella relazione della ASL procedente sembrerebbe invece emergere una opposta ricostruzione, in base alla quale l'elemento dell'inserimento lavorativo della persona svantaggiata non è soltanto la finalità delle distinte attività oggetto delle convenzioni, bensì il servizio che l'affidatario è chiamato ad assicurare. Così, sebbene inerenti alla stessa attività (di solito il portierato e l'ausiliario sono affidati unitamente) e retribuite in base alla medesima tariffa oraria (le quattro convenzioni relative ai servizi di portierato ed ausiliario hanno tutte lo stesso importo), le prestazioni di ciascun soggetto disagiato impiegato sono state considerate come oggetto di un autonomo contratto.

In realtà, è fuor di dubbio che il ricorso al convenzionamento presuppone che ci sia la necessità da parte della stazione appaltante di acquisire servizi riconducibili alla lett. b) dell'art. 1 della legge n. 381/1991 – quali sono peraltro anche quelli di disinfezione o di portierato/ausiliario – e che l'importo sia effettivamente contenuto entro la soglia di rilevanza comunitaria. Infatti, l'ambito è comunque quello degli appalti in quanto la tutela del diritto al lavoro dei disabili è garantita da altri strumenti previsti dall'ordinamento, quale è il sistema delle assunzioni obbligatorie, di cui alla legge n. 68/99.

2.4 L'estensione non corretta all'affidamento di servizi diversi da quelli strumentali

Altra questione, che peraltro presenta tratti del tutto peculiari, riguarda l'affidamento di taluni servizi (nella fattispecie gestione parcheggio e bar interno al presidio ospedaliero) mediante una concessione in convenzione diretta ex art. 5, comma 1 della legge n. 381/91.

La particolarità del caso risiede tanto nell'oggetto dell'affidamento quanto nel ricorso all'applicazione del convenzionamento diretto mediante atto concessorio.

L'art. 5, nel disciplinare le convenzioni con le cooperative sociali in deroga alla disciplina dei contratti pubblici, pone rilevanti limiti all'uso del convenzionamento diretto, ma nulla dice riguardo alle modalità concrete con cui l'amministrazione possa provvedere all'affidamento; mentre per quanto concerne la tipologia di servizi affidabili tramite convenzionamento diretto si limita ad escludere quelli socio-sanitari ed educativi.

Il silenzio della legge sulla tipologia di provvedimento amministrativo con il quale affidare la gestione del servizio alla cooperativa selezionata potrebbe indurre a ritenere possibile procedere anche ad un convenzionamento diretto tramite atto concessorio. Ciò avverrebbe ove l'amministrazione intendesse affidare ad un terzo la gestione totale (o parziale) di una attività economica rientrante di norma nella sua responsabilità e per la quale il terzo si assumesse i rischi derivanti dalla gestione, come nel caso in esame.

Senonché la giurisprudenza amministrativa, chiamata a valutare il campo applicativo della norma in questione, si è espressa in termini restrittivi, sostenendo che “la richiamata disposizione, nel riferirsi alla “fornitura di beni e servizi”, offre agli enti pubblici e alle società di capitali a partecipazione pubblica la possibilità di stipulare, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, con le cooperative che svolgono attività agricole, industriali, commerciali o di servizi finalizzate all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate, convenzioni aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi - diversi da quelli socio-sanitari ed educativi e di importo inferiore a quello preso in considerazione dalle direttive comunitarie in materia di appalti – in favore dell’amministrazione richiedente e non già l’affidamento di servizi pubblici locali” (in tal senso v. CdS, Sez. V, 11/05/2010, n. 2829).

Non v'è dubbio che la gestione del parcheggio e del bar interno ad un presidio ospedaliero abbia i caratteri del servizio al pubblico e non di un servizio strumentale, ossia diretto a soddisfare esigenze dell'amministrazione pubblica e che l'amministrazione stessa ha facoltà di procurarsi, tramite convenzione diretta, in deroga alle norme in materia di contratti della pubblica amministrazione, da parte di cooperative sociali allo scopo di creare opportunità di lavoro per persone svantaggiate (cfr. in senso conforme ord. CdS, Sez. VI, 30/07/2004, n. 3729).

Per le ragioni appena esposte si ritiene, dunque, che gli affidamenti mediante concessione dei servizi di parcheggio e bar interno di un P.O. non siano conformi alla normativa che disciplina gli affidamenti diretti in deroga alle cooperative sociali, perché trattasi di servizi non strumentali e pertanto il loro affidamento deve avvenire secondo le disposizioni che regolano le concessioni di servizi.

3. Problematiche relative alle leggi regionali sulla disciplina delle cooperative sociali e relativi atti di indirizzo

Dallo studio della documentazione acquisita nell'ambito dell'indagine, è emerso che alcune Regioni hanno adottato, in materia di cooperative sociali, una disciplina che non si limita alla mera attuazione della normativa nazionale di cui alla legge 381/1991, ma che in alcuni casi sembra estendere l'operatività degli istituti previsti a livello nazionale, in un'ottica di promozione della cooperazione sociale³.

3.1 I contenuti della legge regionale del Veneto

In particolare, con riferimento alle ASL della Regione Veneto si è riscontrato che gli affidamenti segnalati all'Osservatorio, consistono in convenzioni stipulate a seguito di invito a presentare offerta ad alcune delle cooperative di tipo A, iscritte al relativo albo Regionale, individuate in base ad analisi di mercato; gli affidamenti hanno ad oggetto servizi sociali molto spesso di importo sopra-soglia e sono disposti in applicazione della legge regionale n. 23/06 e della delibera di Giunta n. 4189/07.

Sebbene non rispettosi dei limiti posti dalla legislazione nazionale, gli affidamenti delle ASL venete sono stati disposti nell'ambito di un complesso contesto normativo regionale, al quale le amministrazioni precedenti sembrano essersi conformate.

Infatti, la stessa legge n. 381 già citata demanda alle Regioni (art. 9) il compito di emanare le norme necessarie per istituire l'albo regionale delle cooperative sociali e di "determinare le modalità di raccordo con l'attività dei servizi socio-sanitari, nonché con le attività di formazione professionale e di sviluppo della occupazione". In base allo stesso articolo, le Regioni adottano "convenzioni-tipo per i rapporti tra le cooperative sociali e le amministrazioni pubbliche che operano nell'ambito della regione".

La Regione Veneto aveva provveduto in tal senso già con la legge regionale 5 luglio 1994, n. 24 ("Norme in materia di cooperazione sociale"), con la quale si è inteso anche estendere la possibilità di ricorrere alle convenzioni per la gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi, demandando alla Giunta il compito di disciplinare i rapporti tra le pubbliche amministrazioni e le cooperative sociali, uniformandoli ai medesimi criteri di cui all'art. 5 della legge 381/91⁴.

La richiamata disciplina del 1994 è stata successivamente abrogata dalla più articolata legge regionale 3 novembre 2006, n. 23 ("Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale"), con la quale si è inteso non semplicemente disciplinare l'Albo regionale e i requisiti di iscrizione, ma anche sostenere lo sviluppo delle cooperative sociali, attraverso diverse forme di raccordo con l'attività delle pubbliche amministrazioni, oltre che con contributi economici e sgravi fiscali; in questo contesto, la disciplina in esame si occupa di incentivare l'affidamento dei servizi alle cooperative sociali.

La disciplina del 2006 non ripropone l'espressa disposizione del 1994, con la quale si affermava chiaramente la possibilità di utilizzare le convenzioni ex art. 5 anche per i servizi sociali; ad ogni modo, si attribuisce alla Giunta il compito di disciplinare le modalità di affidamento dei servizi, definendo anche le procedure per il convenzionamento diretto e le convenzioni-tipo che, ai sensi dell'art. 10, hanno ad oggetto: "a) la gestione dei servizi alla persona; b) la fornitura di beni e servizi di cui all'articolo 5 della legge n. 381/1991; c) l'esecuzione di lavori, in conformità a quanto previsto dalla normativa vigente in materia di appalti".

La legge dispone, inoltre, che per l'affidamento dei servizi, l'offerta presentata sia valutata in base ad elementi oggettivi diversi dal solo criterio del massimo ribasso; in particolare, per i servizi alla persona e per la fornitura di beni e servizi socio-sanitari, assistenziali ed educativi, tra gli elementi oggettivi, particolare rilievo è attribuito al "radicamento costante nel territorio e al legame organico con la comunità locale di appartenenza finalizzato alla costruzione di rapporti con i cittadini, con i gruppi sociali e con le istituzioni" (cfr. art. 12 lett. a).

Infine, secondo l'art. 13, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione o riservarne l'esecuzione "nel contesto di programmi di lavoro protetti, a cooperative sociali che svolgono le attività di cui all'articolo 2, comma 1, lettera b), ovvero ad analoghi organismi aventi sede negli stati membri della Comunità europea". Si tratta, in questo caso, delle cooperative che si occupano della gestione di attività finalizzate all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate e delle altre persone deboli, nei settori agricoli, industriali, commerciali o di servizi, ossia quelle di cui all'art. 1 comma 1 lett. b) della legge n. 381.

3.2 I contenuti della delibera di Giunta 4192/06

La disciplina appena esaminata è stata integrata con la Delibera della Giunta Regionale 18 dicembre 2007, n. 4189, con la quale sono stati approvati gli schemi per il convenzionamento diretto di cooperative sia di tipo a che di tipo b (allegati B e C), uno schema di contratto per conferimento titolarità del servizio mediante concessione (allegato D), uno schema di accordo procedimentale tipo di collaborazione (allegato E), uno schema di bando e capitolato speciale per gara con procedura aperta per l'affidamento di servizi con riserva di partecipazione all'aggiudicazione (allegato F), oltre ad un articolato "atto di indirizzo per regolamentazione dei rapporti tra soggetti pubblici e terzo settore" (allegato A).

Nella delibera, dunque, emerge chiaramente l'intento di estendere l'utilizzo del convenzionamento diretto alla gestione dei servizi socio-sanitari (allegato B), inclusi quelli di importo superiore alle soglie comunitarie; detta modalità di affidamento – non prevista in questi casi dalla disciplina nazionale sulle cooperative sociali – sarebbe comunque legittima, (secondo quanto affermato nelle premesse del provvedimento) stante l'attribuzione alla competenza legislativa regionale esclusiva della materia dei servizi sociali operata dal novellato art. 117 della Cost.; inoltre, in seguito alla riforma costituzionale del 2001, l'art. 118 “afferma il principio di sussidiarietà orizzontale che può consentire di delineare un nuovo quadro di riferimento per la gestione dei servizi sociali, all'insegna della partecipazione delle formazioni sociali alla funzione pubblica sociale e di definire nuovi e alternativi modelli di rapporto tra pubblico e privato non profit”.

L'estensione sarebbe conforme anche al codice dei contratti (sempre in base alle considerazioni contenute nel provvedimento in esame), in quanto per i servizi di cui all'allegato II B, tra i quali sono inclusi anche quelli socio-sanitari, l'art. 20 codice dei contratti stabilisce che si applicano esclusivamente le disposizioni di cui agli articoli 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Pertanto – sempre in base alla delibera – in considerazione dell'oggetto del contratto "servizi sanitari e sociali" e della specifica disciplina dettata dal richiamato articolo 20, l'obbligo di invito ad almeno 5 concorrenti, di cui all'art. 27 del codice "Principi relativi ai contratti esclusi" costituirebbe una mera facoltà dell'affidante e non un obbligo.

La procedura prevista ai fini della sottoscrizione della convenzione prevede una breve indagine di mercato ed il successivo invito al soggetto (o ai soggetti) individuato ed interessato a presentare, un progetto; nella delibera si sottolinea – che non esiste un numero minimo di potenziali affidatari da invitare e che la scelta del contraente dovrà avvenire sulla base dei criteri indicati dalla legge n. 23, tra i quali quello del “radicamento costante nel territorio”. Il procedimento finalizzato al convenzionamento può anche prendere le mosse da una richiesta da parte di una cooperativa; quando la richiesta di convenzionamento diretto provenga da più cooperative sociali, l'ente può promuovere un accordo tra i richiedenti e ricondurre ad unicità progettuale e gestionale le istanze presentate; in assenza di accordo procederà alla stipula della convenzione “con le cooperative che meglio garantiscono il raggiungimento di risultati soddisfacenti in termini di produttività sociale”.

Quanto alle procedure riservate a cooperative sociali di tipo b) o ad analoghi organismi aventi sede negli stati membri della Comunità europea) di cui all'art. 13 della legge n. 23, si chiarisce che la riserva può riguardare qualsiasi appalto pubblico quale che sia il suo oggetto (acquisizione di servizi, forniture o esecuzione di lavori) o il suo valore, sia di rilevanza comunitaria che sotto soglia. Nelle considerazioni del provvedimento, questa disposizione regionale, si porrebbe sostanzialmente in linea con quanto stabilito in materia di appalti riservati dall'art. 52 del d.lgs. n. 163/2006 (che recepisce l'art. 19, direttiva 2004/18 e l'art. 28, direttiva 2004/17). Con la delibera si chiarisce, infine, che l'applicazione degli istituti dalla stessa disciplinati, rappresenta una facoltà; in ogni caso, le stazioni appaltanti che decidano di non farvi ricorso sono tenute ad una opportuna motivazione; in particolare, ove si intenda esternalizzare i servizi socio-sanitario si è espressamente invitati, a considerare una modalità alternativa all'appalto.

3.3 Valutazione della normativa esaminata

Come rilevato anche dalla giurisprudenza (T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, 9 dicembre 2008, n. 11093), la disciplina contenuta nell'art. 5 della legge n. 381/1991 ha carattere assolutamente eccezionale e non può consentire una completa deroga al generale obbligo di evidenza pubblica, tutte le volte in cui si tratta di affidare un servizio ad una cooperativa sociale; infatti, come già evidenziato più volte la disposizione individua chiaramente dei limiti relativi sia all'oggetto che al valore dell'affidamento, oltre che ai requisiti dell'affidatario.

In questo senso, si è espresso di recente anche il Consiglio di Stato (Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829) ribadendo che l'art. 5 in esame contiene una disciplina di stretta interpretazione che non può essere estesa a settori diversi, come ad esempio quello dei servizi pubblici locali.

La giurisprudenza ha anche chiarito che la regola dell'evidenza pubblica costituisce un principio immanente nell'ordinamento di settore degli appalti, soprattutto quando si tratta di importi di rilevanza comunitaria; in questi casi s'impone la applicazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e concorrenzialità, anche se l'appalto ha ad oggetto i servizi elencati nell'allegato II B del codice dei contratti (T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 15 novembre 2007, n. 1211).

In merito ai servizi di cui all'allegato II B, questa Autorità si è già più volte pronunciata evidenziando che essi restano soggetti, oltre che all'art. 20, anche all'art. 27 del d.lgs. n. 163/2006 in base al quale l'affidamento di contratti pubblici sottratti in tutto o in parte all'applicazione del codice deve avvenire nel rispetto di principi di evidenza pubblica e di buon andamento della pubblica amministrazione (da ultimo, deliberazioni n. 102 del 5 novembre 2009, n. 15 del 26 febbraio 2009); pertanto, non può condividersi l'assunto contenuto nella delibera della Regione Veneto secondo cui per i "servizi sanitari e sociali" non sussisterebbe alcun obbligo di invitare almeno 5 concorrenti, di cui all'art. 27 del codice; al contrario, deve ritenersi che non sia consentito in ogni caso prescindere dal rispetto della richiamata disciplina.

Più in generale – anche alla luce della nota giurisprudenza della Corte Costituzionale che, in materia di tutela della concorrenza e proprio in riferimento al settore dell'affidamento dei contratti pubblici riconosce la competenza legislativa esclusiva statale – non può ritenersi legittima l'estensione operata in ambito regionale di un istituto introdotto a livello nazionale in deroga alle regole sull'evidenza pubblica ed al quale, come già chiarito, deve riconoscersi carattere di regime speciale di stretta interpretazione.

Ugualmente non può ritenersi consentito limitare alle sole cooperative sociali l'ammissione ad una gara che sia d'importo superiore alla soglia comunitaria, come invece sembra persino "prescritto" nella delibera per gli appalti di servizi che possono essere eseguiti dalle cooperative di tipo B.

Infatti, deve rilevarsi che al riguardo l'art. 52 del codice dei contratti, prevede che le stazioni appaltanti possano riservare la partecipazione, a laboratori protetti, oppure riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili. Per la corretta applicazione della citata disposizione, con Determinazione n. 2 del 23.01.2008, questa Autorità ha ritenuto opportuno fornire delle indicazioni operative, tenuto conto che l'istituto dei laboratori protetti e quello dei programmi di lavoro protetti non sono definiti a livello normativo e che, comunque, le disposizioni di cui all'art. 52 esigevano un coordinamento con la legislazione nazionale vigente in tema di cooperative sociali. Si è, dunque, chiarito che il soggetto che intende essere riconosciuto quale laboratorio protetto ai fini dell'art. 52 deve essere in possesso dei seguenti requisiti:

- a) essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata;
- b) prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili;
- c) avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Per quanto attiene il requisito sub c), questa Autorità ha anche evidenziato che per disabili debbano intendersi le persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o

sensoriali, i portatori di handicap intellettuale e le persone non vedenti e sordomute (L. 12 marzo 1999, n. 68); pertanto, l'Autorità ha chiaramente rilevato che, "pur essendo entrambe le disposizioni (art. 52 del D.lgs. n. 163/2006 e legge n. 381/91 e s.m.i) finalizzate al perseguimento di fini sociali, tuttavia dall'analisi della normativa emerge che le due figure – laboratorio protetto e cooperativa sociale – non coincidono, in quanto i requisiti richiesti per il riconoscimento della figura del laboratorio protetto non corrispondono a quelli normativamente previsti in capo alle cooperative sociali, sia per quanto riguarda le categorie di persone individuate (persone svantaggiate e non solo disabili) sia per quanto attiene alla percentuale minima di organico che deve essere costituita da dette persone svantaggiate".

Peraltro, il principio secondo il quale non può ritenersi consentito limitare alle sole cooperative sociali l'ammissione ad una gara che sia d'importo superiore alla soglia comunitaria è chiaramente espresso anche nella "Guida per la qualità e l'efficienza dei servizi di interesse generale" (SEC(2010) 1545 final) pubblicata il 28.01.2011, dove è trattato il tema dell'applicazione delle regole del mercato interno e della direttiva "Servizi" ai servizi sociali (cfr. pt. 4.2.10 del documento). Il già citato documento della Commissione Europea inoltre, salvo particolari eccezioni, non ritiene ammissibili come criteri di selezione dei soggetti che operano nel settore dei servizi sociali, il radicamento nel territorio e il legame con la comunità locale, definito familiarity with the local context (cfr. 4.2.9).

In considerazione di quanto fin qui rilevato, deve concludersi che una disciplina in tema di affidamenti alle cooperative sociali come quella adottata dalla Regione Veneto – in particolare nella delibera della Giunta Regionale 18 dicembre 2007, n. 4189 – con la quale in buona sostanza si consenta (o meglio si "incentivi") l'utilizzo di strumenti alternativi all'appalto, quali il convenzionamento diretto, oltre i limiti di cui all'art. 5 della legge n. 381/1991, appare in contrasto con la normativa nazionale e comunitaria in materia di contratti pubblici; ugualmente non può ritenersi legittima una disciplina regionale che sembra consentire alle amministrazioni procedenti di riservare la partecipazione alle gare alle sole cooperative sociali iscritte nei relativi Albi, pur in assenza dei presupposti di cui all'art. 52 del codice dei contratti.

3.4. La legge n. 21 del 1993 della Regione Puglia

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte in merito al rapporto tra legislazione nazionale e quella della regione Veneto, occorrono alcune brevi riflessioni anche sulla legge della regione Puglia in materia di cooperative sociali. Infatti, l'art. 6 della legge della regionale n. 21/93 prevede che "Gli Enti pubblici possono, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della Pubblica Amministrazione, stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui al 2° comma del precedente art. 2, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, purché finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate"; si deve ritenere che la richiamata previsione possa essere applicata solo ad affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria, come previsto dalla legislazione nazionale, sebbene tale precisazione non sia indicata nella stessa disposizione.

Peraltro, se può proporsi un'interpretazione del comma 2 dell'art. 6 coerente con i limiti posti dalla legislazione nazionale, non può in alcun modo ritenersi in linea con la legge 381/91 la disposizione di cui al comma 3 del citato art. 6, secondo il quale "L'Amministrazione regionale, gli Enti pubblici territoriali e gli Enti pubblici sottoposti alla vigilanza dell'Amministrazione regionale possono affidare in concessione alle cooperative iscritte all'Albo di cui al precedente art. 2 e ai consorzi di cui all'art. 8 della legge 8 novembre 1991, n. 381 la realizzazione di opere pubbliche e la gestione di servizi pubblici diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, mediante convenzioni finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui al 2° comma dell'art. 2 della presente legge". Infatti, come già chiarito innanzi, le convenzioni ex art. 5 della legge n. 381/1991 possono avere ad oggetto la fornitura di beni e servizi - diversi da quelli socio-sanitari ed educativi di importo sottosoglia – in favore dell'amministrazione richiedente e non già la concessione di servizi pubblici o comunque di servizi al pubblico riconducibili all'art.

30 del codice dei contratti, per i quali la controprestazione consista nel diritto di gestire il servizio.

3.5 La Legge n. 24 del 1996 della Regione Lazio

Analoghe considerazioni devono essere svolte in merito alla disposizione di cui all'art. 9, comma 6 della L.R. n. 24/96, secondo la quale "qualora sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale, previste nelle convenzioni tipo, la gestione dei servizi e la fornitura di beni di cui al comma I può essere affidata in concessione". Vero è che a differenza della legge regionale della Puglia, in cui la scelta dell'affidamento in concessione pare essere rimesso alla piena discrezionalità dell'Ente affidante, qui le ipotesi di affidamento in concessione sarebbero quantomeno subordinate ad una preliminare valutazione di carattere tecnico-economico e di opportunità sociale; tuttavia neanche con tale delimitazione la concessione risulta compatibile con la ratio della legge n. 381/91, che non contempla ipotesi di affidamento in gestione di servizi diversi da quelli strumentali all'attività dell'Ente richiedente.

4. Altre problematiche di carattere generale

4.1 La mancata specificazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica

All'esito dell'esame della documentazione pervenuta, sono emerse problematiche ulteriori rispetto a quelle riguardanti l'applicazione della normativa relativa alle cooperative sociali.

In particolare, in un caso, è stato contestato all'ASL procedente che l'attribuzione del punteggio all'elemento qualità è avvenuta tenendo conto per una certa percentuale della esperienza nello specifico settore e/o del curriculum degli operatori, oltre che dei progetti relativi all'organizzazione dei servizi, sui quali le rispettive commissioni giudicatrici sono state chiamate ad esprimere un giudizio discrezionale.

Dalla documentazione pervenuta è emersa da un lato una inadeguata predeterminazione dei criteri di attribuzione del punteggio per la qualità e dall'altro la rilevanza determinante di quelli correlati alla precedente esperienza ed al curriculum dell'operatore.

Pertanto, poiché la questione è comunque correlata alle materie oggetto d'indagine, si è ritenuto opportuno ricordare alla stazione appaltante che – come già evidenziato – sebbene l'art. 20 del codice dei contratti pubblici preveda per gli appalti aventi ad oggetto l'affidamento di un progetto relativo a "servizi sociali" (contenuti nell'allegato II B) l'applicazione delle sole disposizioni degli artt. 65, 68 e 225 del codice, anche in questi casi la scelta del contraente deve avvenire nel rispetto dei principi di cui all'art. 2, dai quali discende anche l'obbligo di predeterminazione dei criteri selettivi (sul punto, TAR Lazio-Roma, Sez. I ter 4/12/2008 n. 10995). Peraltro, come è noto, in seguito alla soppressione del comma 4 dell'art. 83 disposta con il terzo correttivo d.lgs. n. 152/08 è stato implicitamente sancito che ogni criterio o sub-criterio di giudizio, ed i relativi punteggi e sub-punteggi, debbano essere necessariamente predeterminati a monte, in sede di stesura da parte della stazione appaltante della regolamentazione, atteso che alla commissione non è consentita nessuna integrazione, neppure quella precedentemente consentita in merito ai criteri motivazionali.

In base all'insegnamento della Corte di Giustizia (causa n. C-532/06 sentenza del 24 gennaio 2008), poi, la definizione dei criteri di aggiudicazione può riguardare soltanto elementi volti ad analizzare i vari profili delle proposte dei concorrenti e, di conseguenza, sono esclusi dai criteri di aggiudicazione quelli che non siano diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti

ad eseguire l'appalto. Sul punto, una recente giurisprudenza nazionale ha riconosciuto che, soprattutto per i servizi, può ammettersi la possibilità di selezionare l'offerta anche valutando la capacità dell'offerente a rendere detto servizio, considerando tra l'altro anche la pregressa esperienza dell'operatore o il suo curriculum (Consiglio di Stato, sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808). In ogni caso, la possibilità di inserire nella valutazione dell'offerta criteri che normalmente rientrano nella selezione dell'offerente è soggetta ad almeno due vincoli: a) i criteri devono essere connessi all'oggetto della prestazione; b) tali criteri non debbono risultare decisivi o preponderanti nella valutazione dell'offerta (Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002). Tale possibilità è stata sottoposta all'attenzione dal Libro Verde del 27 gennaio 2011 sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici (si veda il punto 2.1. modernizzazione delle procedure – selezione e aggiudicazione).

Nella nota di risposta, la stazione appaltante ha chiarito di conformarsi ai principi appena enunciati, in quanto le procedure nella quali si è attribuito alla commissione giudicatrice il compito di fissare sub-criteri risalirebbero ad un periodo precedente alla modifica dell'articolo 83 del codice dei contratti; quanto all'elemento della pregressa esperienza nello specifico settore, la stazione appaltante ha rilevato che il punteggio alla stessa assegnato non ha influito in modo determinante su quello complessivo.

4.2 Proroghe e rinnovi

Una delle maggiori problematiche, che si è riscontrata in un numero rilevante di affidamenti, riguarda l'uso reiterato delle proroghe contrattuali⁵.

Com'è noto, l'istituto della proroga è stato oggetto di numerose pronunce della giustizia amministrativa, la quale ha chiarito che tale istituto è assolutamente eccezionale, al punto che è possibile ricorrere ad esso solo per cause (e sono pochissime) determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice⁶.

Una volta espunta dall'ordinamento la disposizione che, a determinate condizioni, consentiva il rinnovo espresso dei contratti (art. 6, secondo comma, della l. 537/1993), il sistema non prevede infatti altra via che quella del reperimento del contraente secondo le regole dell'evidenza pubblica (Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391). Ciò comporta, a livello ermeneutico, un vincolo in sede di interpretazione di ogni altro strumento o disposizione che possano, in linea teorica, raggiungere un effetto sostanzialmente identico a quello del rinnovo: si vuol dire che la stessa logica che presiede al divieto di rinnovo esclude che ad un effetto simile (ed altrettanto pregiudizievole per il principio di concorrenza) possa legittimamente pervenirsi attraverso la proroga dei rapporti già in essere. D'altronde, la proroga dei contratti (proprio per la sua potenziale nocività nei confronti dei principi dell'evidenza pubblica e della salvaguardia della concorrenza) non è un istituto stabile dell'ordinamento ma è stata prevista dall'art. 23 della l. 62/2005 soltanto nella fase transitoria successiva all'abrogazione dell'istituto del rinnovo (ed anche in tale fase risultava circondata da particolari garanzie, come la durata non superiore a sei mesi e la celere pubblicazione del bando di gara), sicché oggi essa risulta persino priva della necessaria base normativa. La conseguenza è che questa è teorizzabile, ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), nei soli, limitati ed eccezionali, casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente⁷.

Dalla documentazione acquisita si rileva un uso piuttosto diffuso e indiscriminato della proroga da parte delle amministrazioni oggetto di accertamento, le cui motivazioni solo in pochi casi risultano effettivamente persuasive⁸.

In generale, le Asl pongono a base della proroga dei contratti diverse giustificazioni, quasi tutte però riassumibili con la necessità di assicurare la continuità del servizio nelle more dell'esperimento di nuove procedure di affidamento esternalizzato, ovvero nell'attesa di espletare

le procedure di assunzione di personale al fine di ricondurre lo specifico servizio nuovamente all'interno dell'amministrazione, affidando il suo svolgimento a dipendenti diretti dell'ente interessato. Tuttavia l'analisi della documentazione contrattuale prodotta porta il più delle volte a concludere nel senso di un esercizio abnorme dell'istituto, tanto da divenire, di fatto, in taluni casi, per diversi anni l'unico sistema di affidamento dei servizi. Ciò avviene perché le Asl, invece di farne un uso congruo e limitato relativamente ai casi e ai tempi, tendono a prolungare la durata dei contratti scaduti ben oltre i tempi ragionevoli ammessi dalla giurisprudenza e in ipotesi in cui le cause dell'urgenza o della necessità a provvedere in tal senso sono imputabili anche, o esclusivamente, all'amministrazione medesima. Sotto altro profilo, non può considerarsi superato a monte il problema dell'ordinaria inammissibilità della proroga per effetto di quanto stabilito nell'art. 29, comma 1 del D.lgs. 163/2006, secondo il quale il calcolo del valore stimato dei contratti pubblici tiene conto dell'importo massimo stimato, "ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto", poiché tale disposizione va ricondotta nell'ambito di una interpretazione sistematica e teleologicamente orientata delle norme codicistiche, consentendo di desumere dal suo collocamento redazionale la sua esatta portata. L'art. 29 – rubricato come "metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici" – è una disposizione finalizzata unicamente a determinare i criteri di computo del valore dei contratti ai fini dell'applicazione delle regole procedurali del sopra o sotto soglia e pertanto non ha alcuna finalità di regolare il rinnovo o la proroga.

Del resto, sempre in applicazione del principio di tipicità dell'agire amministrativo, nella gestione della fase pubblicistica del contraente, principio imposto dalle direttive europee, l'articolo 54, comma 1, del Codice individua in modo tassativo i sistemi di gara: "per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo, di cui al presente codice". E' evidente che tale articolo, inteso come norma-fonte delle modalità di individuazione del contraente, non menziona – certamente non per caso – il rinnovo, né la proroga.

L'articolo 29 del codice, dunque, lungi dal costituire il fondamento normativo della proroga, deve essere considerato solo quale prescrizione metodologica da applicare nel caso dei servizi ricorrenti, che vanno periodicamente garantiti senza interruzioni, al solo scopo di chiarire che se il bando si riferisce a detti servizi e prevede di applicare, ad esempio, l'articolo 57, comma 5, lettera b), allora la base di gara deve contemplare tutti gli anni di durata del contratto, compresi quelli dell'eventuale riaffidamento.

Pertanto, sintetizzando quanto sin qui detto, si può concludere che:

- non residua alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto;
- trova, viceversa, applicazione il principio in base al quale – salvo esposte previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria – l'amministrazione, una volta scaduto il contratto e ove rilevi la necessità di avvalersi ancora dello stesso tipo di prestazioni, deve effettuare una nuova gara (salvo l'esercizio di una limitata proroga strumentale al passaggio da un regime contrattuale ad un altro);
- l'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art. 23 l. n. 62/05, assume valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici;
- infine, la natura imperativa ed inderogabile della sopravvenuta abrogazione legislativa, che introduce un divieto generalizzato di rinnovazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni, implica la sopravvenuta inefficacia anche delle previgenti clausole

contrattuali di rinnovo, confliggenti con il nuovo e vincolante principio che non tollera la sopravvivenza dell'efficacia di difformi clausole negoziali (attesa, appunto, la natura indisponibile degli interessi in esse coinvolti)⁹.

Al termine di questa disamina, appare ragionevole concludere che non può considerarsi legittimo da parte delle Asl procedere alla proroga sistematica dei contratti scaduti o in scadenza e per i quali non abbiano provveduto ad indire una nuova procedura di affidamento, dal momento che l'amministrazione non poteva non essere a conoscenza della loro imminente scadenza e ben avrebbe potuto organizzarsi a che la nuova gara prendesse, quanto meno, avvio o, comunque, si concludesse entro il termine finale di "sopravvivenza" del precedente contratto pubblico. Conseguentemente, i soli casi in cui, nel nostro attuale ordinamento, è ritenuto ammissibile l'uso di siffatto strumento sono – come detto – sostanzialmente riconducibili a quelle ipotesi in cui, la necessità di assicurare la continuità del servizio, facoltizza l'amministrazione a prolungare la durata del contratto in essere, nelle more dell'indizione di una nuova procedura, solo per il tempo strettamente necessario all'individuazione dell'aggiudicatario, purché tale attività – è chiaro – sia svolta in un lasso di tempo ragionevole in relazione alla procedura adottata.

Così non è sempre avvenuto nei casi esaminati, nei quali invece sembra che le Asl abbiano proceduto alla proroga dei contratti talvolta al solo fine di garantire il più a lungo possibile, senza espletamento di alcuna procedura selettiva, l'affidamento di un determinato servizio alle medesime Cooperative sociali titolari dell'originario contratto; talaltra nell'attesa dei tempi burocratici necessari all'internalizzazione del servizio, ovvero alla conclusione della gara centralizzata a livello regionale.

Infine è appena il caso di sottolineare che il rinnovo automatico delle convenzioni con le cooperative sociali, al di fuori dei limitati casi appena esaminati, non può trovare un avallo normativo né nella disposizione contenuta nell'art. 57, comma 5, lett. b), né in quella di cui all'art. 125, comma 10, lett. c) del Codice dei Contratti.

La prima norma, infatti, fissa una serie piuttosto stringente di vincoli in merito alla c.d. ripetizione dei servizi analoghi, sostanzialmente atti ad evitare che essa possa risolversi in uno strumento per aggirare l'ormai conosciuto divieto di rinnovo, che sono per loro natura incompatibili con gli affidamenti in questione. A tal proposito è sufficiente notare che la nuova aggiudicazione prevista dall'art. 57 è innanzitutto subordinata alla condizione che il primo contratto "sia stato aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta". Appare evidente che, escluse per definizione le convenzioni dirette ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381/91, nella gran parte dei casi esaminati le ASL hanno aggiudicato i contratti all'esito non di procedure aperte o ristrette, bensì di gare informali (o anche, talvolta, di cottimo fiduciario).

Inoltre, l'art. 57, comma 5, lett. b), conformemente a quanto previsto dall'art. 29, comma 1, si chiude con una importante prescrizione, con la quale il legislatore impone alle stazioni appaltanti di computare "per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'art. 28", anche "l'importo complessivo stimato dei servizi successivi". Sennonché, nella quasi totalità dei contratti analizzati, per i quali le ASL hanno disposto proroghe o rinnovi, l'importo stimato è riferito esclusivamente alla prima aggiudicazione; anche in questo caso è di tutta evidenza che la mancata applicazione della norma potrebbe risultare funzionale all'aggiramento dei limiti di importo entro cui il legislatore nazionale ammette deroghe all'obbligo di indire gare comunitarie.

In merito all'art. 125, che contempla l'ipotesi dell'acquisizione di beni e servizi in economia a seguito della scadenza del contratto, è sufficiente richiamare quanto già osservato da questa Autorità nella Deliberazione n. 58 del 08/07/2009, in cui viene ribadito il principio secondo cui "nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, non può essere invocato al fine di procedere a proroghe contrattuali; le procedure in economia richiedono, infatti, un confronto concorrenziale"¹⁰.

Per tali motivi, tutte le proroghe o i rinnovi disposti senza l'osservanza delle disposizioni appena citate, non possono considerarsi ammissibili.

In base a quanto sopra considerato,

IL CONSIGLIO:

- ritiene che un sistema che preveda di anno in anno la sottoscrizione di una convenzione con la medesima cooperativa locale per l'erogazione dello stesso servizio - anche se strumentale e di importo inferiore alle soglie comunitarie e quindi formalmente in linea con all'art. 5 della legge n. 381 del 1991, sia comunque in contrasto con la normativa nazionale e comunitaria in materia di contratti pubblici; pertanto, la stazione appaltante deve sempre valutare la possibilità di affidare il servizio per periodi più lunghi ovvero accorpate un maggior numero di prestazioni e, procedendo per importi più elevati, garantire un confronto competitivo e il rispetto dei principi di rotazione e di economicità;
- ritiene che il ricorso al convenzionamento ex art. 5 della legge n. 381/91 presuppone la necessità da parte della stazione appaltante di acquisire servizi diversi da quelli socio-sanitari il cui importo sia contenuto entro la soglia di rilevanza comunitaria; l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate non può essere considerato un servizio, né l'oggetto di una convenzione, la quale costituisce comunque uno strumento riconducibile all'ambito degli appalti e non a quello della tutela dei diritti dei lavoratori disabili;
- ritiene che le convenzioni ex art. 5 della legge n. 381/1991 possono avere ad oggetto la fornitura di beni e servizi - diversi da quelli socio-sanitari ed educativi di importo sottosoglia - in favore dell'amministrazione richiedente e non già la concessione di servizi pubblici o comunque di servizi al pubblico riconducibili all'art. 30 del codice dei contratti, per i quali la controprestazione consista nel diritto di gestire il servizio;
- ritiene che una disciplina in materia di affidamenti alle cooperative sociali adottata a livello regionale con la quale si ammetta la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi all'appalto, quali il convenzionamento diretto all'art. 5 della legge n. 381/1991, oltre i limiti di cui alla legislazione nazionale, non può ritenersi legittima; ugualmente non può ritenersi legittima una disciplina regionale che pur in assenza dei presupposti di cui all'art. 52 del codice dei contratti, consenta alle amministrazioni procedenti di riservare la partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi alle sole cooperative sociali;
- ritiene che anche per gli appalti aventi ad oggetto l'affidamento di un progetto relativo a "servizi sociali" compresi nell'allegato II B, l'art. 20 del codice dei contratti pubblici prevede - oltre all'applicazione degli artt. 68, 65 e 225 - che la scelta del contraente avvenga nel rispetto dei principi di cui all'art. 2, dai quali discende anche l'obbligo di predeterminazione dei criteri selettivi nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- ritiene che il ricorso agli istituti della proroga e del rinnovo, utilizzabili solo in via eccezionale, costituisce una violazione dei principi di cui all'art. 2 del codice dei contratti pubblici ed in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture perché comunichi la presente deliberazione alle ASL interessate, nonché al Ministro per gli Affari Regionali,

alla Regione Veneto, alla Regione Lazio, alla Regione Puglia, alla Provincia di Rimini e alla Provincia di Reggio Emilia, per gli eventuali profili di competenza;

- dà altresì mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture affinché richieda alle ASL interessate di comunicare entro 30 giorni dal ricevimento della presente deliberazione gli eventuali provvedimenti assunti a seguito delle contestazioni dell'Autorità;
- dispone infine la pubblicazione della delibera e del relativo allegato sul sito internet dell'Autorità.

Il Consigliere Relatore Piero Calandra

Il Presidente Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 marzo 2011

Il Segretario Maria Esposito

¹ Si tratta dei procedimenti aperti nei riguardi delle ASL di Teramo, Cesena, La Spezia, Prato, Napoli 1 e Napoli 2 e Sassari, relativi a n. 36 contratti (12% del numero totale) per un importo complessivo di euro € 95.871.133,25 (30,8 % dell'importo totale considerato). _

² Tale criticità riguarda almeno 84 contratti (28,8% dei contratti esaminati) per un importo complessivo di € 7.875.629,87 (2,5% dell'importo complessivo dei contratti esaminati), fra cui quelli relativi ai casi sopra citati di Reggio Emilia e Rimini. _

³ Il mancato rispetto della legislazione nazionale in materia di cooperative sociali per effetto dell'applicazione della normativa regionale si è riscontrato in almeno 29 contratti (circa il 10% di quelli esaminati) per un importo complessivo di € 62.187.483,11 (pari a circa il 20% dell'importo totale). _

⁴ Secondo l'art. 16 "Convenzioni per la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi: La Giunta regionale, con lo stesso provvedimento di cui all'articolo 15, comma 1, disciplina, uniformandoli ai medesimi criteri anche in relazione alle previsioni di cui all'articolo 5, comma 1 della legge 8 novembre 1991, n. 381, i rapporti tra la pubblica amministrazione, le cooperative sociali di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a) della stessa legge 8 novembre 1991, n. 381, le organizzazioni di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, e alla legge regionale 30 agosto 1993, n. 40, le Ipab, altri enti pubblici, gli enti privati di cui all'articolo 20 della legge regionale 15 dicembre 1982, n. 55, in ordine all'affidamento della gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi, di cui alla legge regionale 15 dicembre 1982, n. 55, ed alle leggi regionali di programmazione socio-sanitaria nonché alle successive leggi di modificazione e di integrazione.

2. La Giunta regionale, sentita la competente Commissione consiliare, definisce con il provvedimento di cui al comma 1, i seguenti contenuti operativi ai quali debbono conformarsi gli atti applicativi degli enti territoriali e delle unità locali socio-sanitarie:

- a) criteri per la costituzione degli elenchi di soggetti pubblici e privati, senza scopo di lucro, interessati e idonei a gestire i servizi;

- b) convenzioni tipo, di cui alla legge regionale 15 dicembre 1982, n. 55, articolo 20;
- c) procedure e criteri di scelta dell'organismo da convenzionare secondo le seguenti priorità:

- 1) rapporti qualità-costo del progetto del servizio;
- 2) requisiti e condizioni qualitative dell'organismo;
- 3) corrispondenza dell'organizzazione del servizio alle caratteristiche socio-culturali dell'area di intervento. _

⁵ La distinzione nominale tra proroga e rinnovo contrattuale ha delle evidenti ricadute effettuali che rendono sostanzialmente diversi ed inassimilabili i due istituti: la proroga determina il solo effetto del differimento del termine di scadenza del rapporto (il quale resta regolato dalla convenzione connessa all'affidamento di un servizio), mentre il rinnovo comporta una "rinegoziazione" con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale, suscettibile di sfociare anche in un nuovo e diverso regolamento di interessi.

Diverse sono anche le modalità di esercizio del potere discrezionale connesso alla operatività dei due istituti: l'esercizio della proroga corrisponde ad una scelta legittimamente esercitabile dall'Amministrazione, assistita da un apparato motivazionale non particolarmente pregnante: la proroga è infatti normalmente volta a garantire la prosecuzione dello svolgimento del servizio (in capo al precedente affidatario) nelle more dell'espletamento delle procedure necessarie per l'individuazione del nuovo soggetto al quale affidare, previa instaurazione di un ulteriore rapporto negoziale, l'attività stessa.

Di contro, il rinnovo del rapporto contrattuale necessita di un più congruo apparato motivazionale, dovendo essere preceduto dall'accertamento in ordine alla sussistenza del pubblico interesse a rinnovare il rapporto con il precedente contraente, di tal che risulta essenziale l'approfondita esplicazione motivazionale degli elementi di valutazione comparativa che diano conto delle ragioni di convenienza della conferma. _

⁶ TAR Lazio-Roma, sez. I, Sent. 12/12/2005, n. 13403, 13404, 13405, 13406, 13407, 13408; Deliberazione Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 13/06/2007 n. 183 "Può ritenersi che, nonostante la caducazione dell'art. 6 comma 2 della L. 537/93, residuino margini di applicabilità del rinnovo espresso a determinate condizioni e nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e par condicio alla base dell'evidenza pubblica; d'altra parte, se è ammessa la ripetizione dei servizi analoghi, non si comprende perché debba vietarsi il semplice rinnovo, che è fattispecie in qualche misura riconducibile alla prima, purché il rinnovo sia espressamente previsto e stimato nel bando e rientri in determinati limiti temporali". Dello stesso tenore, Parere Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 12/11/2008, n. 242. _

⁷ In senso analogo, ex multis, Cons. di Stato, sez. I, Sent. 12/10/2005, n. 3260, Cons. di Stato, sez. V, Sent. 08/07/2008 n. 3391. _

⁸ I contratti in cui è stato possibile riscontrare tale problematica sono almeno 92 (pari al 31,6% di quelli esaminati), per un numero complessivo di Asl interessate dal fenomeno pari a 16 (ovvero circa il 38% di quelle sottoposte a verifica). _

⁹ Con il parere n. 3260/2005, la I Sezione del Consiglio di Stato ha espresso l'avviso di non ritenere sufficientemente supportata una linea interpretativa favorevole alla perdurante facoltà riconosciuta all'Amministrazione di pervenire ad un rinnovo dei contratti, in particolare, avvalendosi della procedura della trattativa privata, di cui all'art. 7, del D.Lgs. n. 157/1995, e senza l'avvio di procedure concorsuali.

Rilevando, inoltre, come l'interpretazione letterale dell'art. 23 non consenta deroghe al divieto di rinnovo, il Consiglio di Stato ha svolto una importante precisazione sulla corretta e diversa accezione degli istituti del rinnovo e della proroga, che invece la prassi tende ad accomunare e, più spesso, a confondere.

È stato così evidenziato che mentre il rinnovo conferma le preesistenti condizioni contrattuali e lo stesso fornitore per un ulteriore periodo di tempo (non eccedente la durata originaria del contratto) e senza effettuazione di una gara, la proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro.

È quindi utile ricordare che tale parere è stato fatto proprio dalla Circolare n. 12 del 13 marzo 2006, con la quale il Ministero dell'Economia e delle finanze, dettando "Disposizioni in materia di rinnovo dei contratti delle Pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi – Art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62", ha così richiamato l'attenzione delle amministrazioni pubbliche ad un corretto comportamento nella specifica materia contrattuale. _

¹⁰ Nello stesso senso, v. Deliberazione AVCP n. 16 del 26/02/2009, in cui si conclude che "la clausola contrattuale che prevede la prosecuzione del servizio nelle more dell'espletamento della nuova procedura concorsuale e fino alla nuova aggiudicazione può essere considerata conforme alla vigente normativa nei limiti in cui sia riconducibile al disposto di cui all'art. 125, comma 10, lettera c) del d.lgs. n. 163/2006". _

INDAGINE SUGLI AFFIDAMENTI DI SERVIZI DA PARTE DELLE ASL

ALLEGATO ALLA DELIBERA N. 34 ADUNANZA DEL 9 marzo 2011

1) Prot. VISF/GE/10/52630

ASL Avellino

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: € 8.468.460,00.

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'appalto, mediante procedura ristretta, per l'affidamento quinquennale del servizio di gestione della residenza sanitaria assistita e del centro diurno per anziani di Nusco. Non sono emerse particolari criticità al riguardo, salvo la previsione di una riserva a favore dell'Amministrazione di rinnovare il contratto per un ulteriore anno. In relazione a quest'ultimo aspetto si rinvia alla Delibera per quanto detto sui limiti entro cui è ammissibile il ricorso allo strumento in questione.

2) Prot. VISF/GE/10/54171

ASL Teramo

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: € 4.800.000,00

Valutazione. Dall'analisi della documentazione prodotta non è emersa alcuna criticità, in quanto per l'affidamento del servizio in oggetto (ovvero "archiviazione centralizzata e gestione delle cartelle cliniche ed altra documentazione"), trattandosi di importo sopra soglia, non è stata adottata la procedura di cui all'art. 5 della l. n. 381/91, bensì indetta una gara a procedura ristretta (accelerata) con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'Asl ha anche reso noto che tale procedura è stata oggetto di ricorso giurisdizionale da parte di una impresa partecipante e che, a seguito del suo accoglimento, l'Amministrazione stessa ha provveduto a indire una nuova procedura di gara, che risulta ancora in fase di espletamento.

3) Prot. VISF/GE/10/54233

ASL Sulmona

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: € 12.668.350,00

Valutazione. Il contratto in esame, di durata quinquennale e afferente a prestazioni infermieristiche, riabilitative, psicologiche e logopedistiche a domicilio, è stato affidato a seguito di una procedura ristretta, previa pubblicazione di bando comunitario, con riserva di partecipazione alle Società Cooperative iscritte al relativo Albo (istituito con D.M. 23 giugno 2004). In merito a quest'ultimo aspetto, è opportuno ribadire che al di fuori delle condizioni di cui all'art. 52 Codice contratti non è consentito limitare la partecipazione a determinate tipologie di soggetti. Infatti, nelle altre ipotesi, anche quando – come nel caso di specie – devono essere affidati servizi sociali (di cui all'All. IIB del Codice) valgono le disposizioni di cui all'art. 34 per quanto attiene alla natura giuridica dei soggetti che possono essere ammessi alle procedure di gara. Né potrebbe rilevare, ai fini di una opposta interpretazione, la circostanza per cui i servizi oggetto di gara sono erogati, di fatto, solo da operatori costituiti in forma di cooperativa sociale, in quanto in ogni caso è d'obbligo consentire la partecipazione a tutti i possibili concorrenti senza porre limitazioni riferite alla forma giuridica, che non sono ammesse dalla legislazione in materia di procedure di aggiudicazione.

Per i motivi appena esposti si invita l'Asl, nei casi di indizione di procedure di gara analoghe a quella oggetto di valutazione, ad attenersi a una stretta osservanza delle norme concernenti i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici.

4) Prot. VISF/GE/10/54426

ASL Veneto 20 Verona

Affidamenti esaminati: 8

Importo complessivo: 45.750.767,90

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato affidamenti diretti disposti a seguito di invito a presentare offerta a sole cooperative di tipo A individuate in base ad analisi di mercato; gli affidamenti hanno ad oggetto servizi sociali e sono stati disposti in applicazione della legge regionale n. 23/06 e della Delibera di Giunta n. 4189/07. In merito alla disciplina sulle cooperative sociali adottata dalla Regione Veneto si rinvia a quanto esposto nella Delibera, ove si conclude che una disciplina in materia di affidamenti alle cooperative sociali adottata a livello regionale con la quale si ammetta la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi all'appalto,

quali il convenzionamento diretto all'art. 5 della legge n. 381/1991, oltre i limiti di cui alla legislazione nazionale, non può ritenersi legittima; ugualmente non può ritenersi legittima una disciplina regionale che pur in assenza dei presupposti di cui all'art. 52 del codice dei contratti, consenta alle amministrazioni procedenti di riservare la partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi alle sole cooperative sociali.

5) Prot. VISF/GE/10/54681

ASL Latina

Affidamenti esaminati: 3

Importo complessivo: 8.434.234,24

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'affidamento del servizio di realizzazione e gestione di gruppi di appartamento per soggetti con disabilità psichiatrica (importo 1.409.448,24) per il quale non è stata rilevata alcuna criticità, in quanto è stata indetta una procedura aperta previa pubblicazione di un bando comunitario alla quale erano ammesse tutte le tipologie di operatori di cui all'art. 34 del codice.

Chiarimenti sono stati richiesti anche con riferimento all'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, per il quale c'è stata una licitazione privata aggiudicata nel 2002 e successivamente diverse proroghe del contratto stipulato con la cooperativa aggiudicataria fino al 31.12.2010. La stazione appaltante riferisce di non aver potuto espletare una nuova gara a causa delle modifiche alla normativa regionale di settore e dell'invito della Regione a non indire nuove procedure prima della definizione delle nuove regole per l'espletamento del servizio.

Anche per il servizio di organizzazione e gestione del front e back office inerenti la gestione delle prestazioni sanitarie (CUP) è stato indetto un appalto-concorso nel 2003 ed in seguito, il contratto stipulato con la cooperativa aggiudicataria è stato più volte prorogato fino al 31.12.2010. In merito, la stazione appaltante riferisce di non aver potuto espletare una nuova gara pur avendo predisposto i relativi atti non avendo ricevuto direttive in tal senso dalla Regione, a sua volta in procinto di bandire una gara centralizzata.

Con successiva nota integrativa la stazione appaltante ha fatto presente che sia per il servizio di assistenza domiciliare che per il CUP – per il quale è pervenuta l'autorizzazione da parte della Regione Lazio in data 06.12.2010 – saranno bandite delle gare entro i primi mesi del 2011.

Riguardo al sistema di acquisti nel settore sanitario sono stati richiesti chiarimenti anche alla Regione Lazio, la quale ha fatto presente che dal 2008 opera la Centrale acquisti che in base alla Legge Regionale n. 14 del 11/08/2008 ha previsto "l'obbligo per le Aziende Sanitarie Locali, Aziende Ospedaliere, I.R.C.C.S. e Policlinici Universitari (di seguito Aziende Sanitarie), di delegare la Centrale acquisti regionale a bandire specifiche gare per l'acquisto di farmaci, vaccini e dispositivi medici ed altri servizi individuati con Decreto del Commissario ad Acta per il Piano di Rientro dal disavanzo sanitario". In merito al servizio "Servizio CUP", la Centrale Acquisti riferisce di non aver previsto, allo stato attuale, l'espletamento di una gara centralizzata. Pertanto, si invita la stazione appaltante a provvedere al più presto all'espletamento delle gare ed a comunicare l'esito delle stesse.

Quanto alle proroghe disposte nel periodo precedente l'istituzione della centrale acquisti valgono le considerazioni svolte nella Delibera.

6) Prot. VISF/GE/10/54781

ASL Umbria n. 3 – Perugia

Affidamenti esaminati: 5

importo complessivo: 533.023,88

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato convenzioni di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, tutti disposti nel 2010 in favore della medesima cooperativa di tipo B, già affidataria

in precedenza degli stessi servizi. Nella specie, si tratta di un contratto avente ad oggetto il servizio di disinfezione per l'importo di € 204.000 e di altre 4 convenzioni aventi ad oggetto il servizio di portierato e quello di ausiliario per un importo totale di oltre € 300.000.

Nel fornire chiarimenti proprio in merito alle convenzioni in questione, la ASL procedente ha evidenziato che la scelta di confermare la precedente affidataria per i predetti servizi si correla alla necessità di non interrompere il percorso riabilitativo/terapeutico iniziato dai soggetti svantaggiati già operanti; con particolare riferimento ai servizi di portierato e di ausiliario – per i quali l'ASL ha stipulato sempre con la stessa cooperativa una diversa convenzione per ciascuna struttura – si è evidenziato che in realtà le quattro convenzioni hanno ad oggetto attività differenti non solo perché svolte in diversi edifici, ma soprattutto perché “strettamente correlate e commisurate allo stato e grado di patologia ed handicap del soggetto svantaggiato incaricato di svolgerle”.

Al riguardo, si rinvia a quanto evidenziato nella Delibera, in merito al fatto che l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate non può essere considerato un servizio, né tantomeno l'oggetto di una convenzione ai sensi dell'art. 5; infatti, il ricorso al convenzionamento presuppone che ci sia la necessità da parte della stazione appaltante di acquisire servizi riconducibili alla lett. b) dell'art. 1 della legge n. 381/1991 – quali sono peraltro anche quelli di disinfezione o di portierato/ausiliario – e che l'importo sia effettivamente contenuto entro la soglia di rilevanza comunitaria.

Sulla base delle predette considerazioni nella Delibera si conclude che, nel caso esaminato i servizi di portierato e quelli di ausiliario dovevano essere considerati unitariamente e che l'ASL procedente non avrebbe potuto utilizzare lo strumento del convenzionamento diretto, in quanto l'importo del servizio da acquisire era superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

7) Prot. VISF/GE/10/54785

ASL Veneto n. 7 – Pieve di Soligo (TV)

Affidamenti esaminati: 18

Importo complessivo: € 1.321.776,00

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato 5 diverse tipologie di servizi: 1) gestione e manutenzione presidi sanitari; 2) call center – prenotazione telefonica di prestazioni ambulatoriali; 3) front e back office; 4) attività amministrative diverse; 5) trasporti ospedalieri interni e imballaggio, facchinaggio e trasporto campioni biologici. Tutti i relativi contratti sono stati affidati ai sensi della l. n. 381/91 e della L. R. n. 23/2006 (“Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale”), resa operativa con la DGR Veneta n. 4189 del 18/12/2007, che ha provveduto a individuare le modalità di affidamento dei servizi alle cooperative sociali, i criteri di valutazione per la scelta del contraente e ad approvare le convenzioni-tipo. Trattandosi di affidamenti i cui importi complessivi sono tutti sotto la soglia comunitaria per l'anno di riferimento, la procedura utilizzata, ovvero quella del convenzionamento diretto con le cooperative sociali di tipo B, appare conforme alla citata normativa di settore.

Le uniche criticità emerse dall'analisi documentale riguardano le proroghe per i servizi di “attività amministrative diverse” e “front e back office”, le cui motivazioni non sono sufficienti a fugare i dubbi circa un uso eccessivo dell'istituto in questione. In particolare, nel caso delle “attività amministrative diverse” il reiterato differimento della scadenza contrattuale ha determinato il superamento del limite di importo entro il quale è ammesso il convenzionamento diretto. Su questo argomento, nonché sulle problematiche generali sollevate dalle disposizioni contenute nella legge regionale del Veneto in materia di cooperative sociali, si rinvia a quanto diffusamente esposto nella Delibera e alle conclusioni ivi rassegnate.

8) Prot. VISF/GE/10/54801

ASL Forlì

Affidamenti esaminati: 2

Importo complessivo: 642.913,00

Valutazione. L'accertamento ha riguardato l'affidamento di taluni servizi integrati, quali il servizio di pulizia, sanificazione ambientale e lavaggio stoviglie; servizio di noleggio e lavaggio biancheria piana, confezionata, divise "118" e materasseria tradizionale ed antidecubito; sterilizzazione di teleria e divise per S.O. in tessuti tecnici ricondizionabili e cotone; la fornitura di articoli sterili monouso; la gestione del guardaroba e delle divise del personale tramite impianto di distribuzione automatico; attività logistiche di trasporti interni ed esterni vari di cose e persone, per un periodo di sei anni, dal 01/03/2007 al 28/02/2013. L'individuazione dell'affidatario è avvenuta tramite l'esperimento di un'unica gara comunitaria (procedura ristretta), predisposta al fine di creare una rete integrata di servizi mirante all'ottimizzazione economico/organizzativa conseguente ad una nuova visione integrata di carattere tecnico/logistico e al conseguimento di possibili economie di scala. Specifico oggetto di verifica sono stati, in particolare, i servizi di trasporto interno di persone (c.d. barellamento) e i servizi integrati di pulizia, che l'ATI affidataria ha successivamente deciso di subappaltare a due diverse cooperative sociali. Dalla documentazione prodotta non emergono particolari criticità salvo per quanto concerne la clausola (art. 3 del Capitolato Speciale) che prevede l'eventuale rinnovo del contratto "di anno in anno fino ad un massimo di ulteriori tre anni". Al riguardo, sulla base di quanto già espresso in Delibera in ordine ai limiti entro i quali è consentito alle amministrazioni far uso della proroga contrattuale, si ritiene non conforme alla disciplina sugli appalti pubblici l'eventuale prolungamento da parte di codesta Asl della durata dell'affidamento oltre il tempo strettamente necessario ad assicurare l'espletamento dei servizi in oggetto nelle more della stipula di un nuovo contratto.

9) Prot. VISF/GE/10/55031

ASL Monza e Brianza

Affidamenti esaminati: 12

Importo complessivo: 1.808.729, 99

Valutazione. All'esito dell'esame della documentazione pervenuta, si è rilevato che tutti gli appalti comunicati non erano stati assegnati ai sensi dell'art. 5 della legge n. 381, ma che invece si trattava di affidamenti relativi a servizi sociali, aggiudicati – a seconda dell'importo – a seguito di procedura aperta o in economia, previa consultazione di otto operatori e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le criticità emerse ed evidenziate alla stazione appaltante con apposita contestazione riguardano da un lato una inadeguata predeterminazione dei criteri di attribuzione del punteggio per la qualità e dall'altro la rilevanza determinante di quelli correlati alla precedente esperienza ed al curriculum dell'operatore.

Nella nota di risposta, la stazione appaltante ha affermato di conformarsi al principio per cui anche per i "servizi sociali" (contenuti nell'allegato II B) la scelta del contraente deve avvenire nel rispetto dei principi di cui all'art. 2, dai quali discende l'obbligo di predeterminazione dei criteri selettivi; infatti, si è rilevato che le procedure nelle quali si è attribuito alla commissione giudicatrice il compito di fissare sub-criteri risalirebbero ad un periodo precedente alla soppressione del comma 4 dell'art. 83 disposta con il terzo correttivo d.lgs. n. 152/08; quanto all'elemento della pregressa esperienza nello specifico settore, la stazione appaltante ha rilevato che il punteggio alla stessa assegnato non ha influito in modo determinante su quello complessivo, come richiede la giurisprudenza che si è pronunciata in merito. In ogni caso, si invita la stazione appaltante a tener conto di quanto evidenziato nella Delibera considerato che dalla documentazione inviata risulta che la fissazione dei sub-criteri da parte della commissione è avvenuta anche in epoca successiva alla modifica dell'art. 83.

10) Prot. VISF/GE/10/56325

ASL Reggio Emilia

Affidamenti esaminati: 46

Importo complessivo: 2.128.464,55

Valutazione. Dalla copiosa documentazione trasmessa è emerso che l'Asl di Reggio Emilia ricorre sistematicamente allo strumento del convenzionamento ex art. 5 della legge n. 381/1991 per l'approvvigionamento dei servizi di inserimento ed elaborazione dati, pulizia, manutenzione delle aree verdi e per la fornitura di modulistica. Tutti gli affidamenti esaminati rientrano nei parametri indicati dalla disciplina nazionale di riferimento, avendo ad oggetto servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, di importo di gran lunga inferiore alla soglia comunitaria. Nondimeno l'assetto determinatosi in relazione agli affidamenti in esame suscita perplessità in quanto dal 2006 ad oggi in ciascun distretto è sempre presente la stessa cooperativa, alla quale, di anno in anno o anche per periodi più limitati è stato confermato l'affidamento dello stesso servizio sulla base delle indicazioni del Consorzio che raccoglie le cooperative locali; così è avvenuto anche per affidamenti di importo più elevato come quello relativo alla fornitura di modulistica, assegnato nel 2007, nel 2008 e nel 2009 alla medesima cooperativa sociale (rispettivamente per € 200.000, € 200.000 e € 145.000, iva inclusa). Pertanto, al fine di evitare un uso distorto dell'istituto del convenzionamento, come indicato nella Delibera sarebbe opportuno valutare la possibilità di affidare il servizio per periodi più lunghi ovvero quella di accorpate un maggior numero di strutture; procedendo per importi più elevati sarebbe, poi, necessario un maggior confronto competitivo che possa garantire il rispetto dei principi di rotazione e di economicità.

11) Prot. VISF/GE/10/56328

ASL Veneto 13

Affidamenti esaminati: 5

Importo complessivo: 14.526.044,00

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato affidamenti di servizi diversi da quelli socio-sanitari tutti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria; tutti i contratti sono stati stipulati a seguito di procedure ristrette, riservate a cooperative di tipo B - in applicazione dell'art. 13 della legge regionale 23/06; peraltro, si è rilevato che ai fini della partecipazione alle procedure di aggiudicazione in alcuni bandi si richiede l'iscrizione all'Albo delle cooperative della Regione Veneto. Riguardo alle criticità relative alle disposizioni contenute nella legge regionale del Veneto in materia di cooperative sociali, si rinvia a quanto diffusamente esposto nella Delibera e alle conclusioni ivi rassegnate.

12) Prot. VISF/GE/10/56948

ASL Vicenza

Affidamenti esaminati: 4

Importo complessivo: 8.242.696,80

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle aree verdi avvenuto, all'esito di una gara previa pubblicazione di bando comunitario, alla quale sono state invitate solo cooperative, in applicazione dell'art. 52 del codice e dell'art. 13 della legge regionale n. 23/06. Gli altri affidamenti hanno invece ad oggetto servizi sociali e sono stati disposti a seguito di procedure riservate alle sole cooperative sociali, in applicazione dell'art. 52 del codice e dell'art. 13 della legge regionale n. 23/06; sulla legge regionale del Veneto, si richiama quanto diffusamente esposto nella Delibera e le conclusioni ivi rassegnate.

13) Prot. VISF/GE/10/57124

ASL Cesena

Affidamenti esaminati: 2

Importo complessivo: 6.791.500,00

Valutazione. Nell'ambito dell'istruttoria non è emersa alcuna criticità, in quanto si è accertato che i servizi (prenotazione telefonica e sportello unico) sono stati aggiudicati all'esito di procedure aperte, riservate ai soggetti di cui all'art. 52 del codice, secondo le indicazioni di cui alla determinazione dell'Autorità n. 2/2008.

14) Prot. VISF/GE/10/57303

ASL Siena

Affidamenti esaminati: 23

Importo complessivo: 3.282.640,00

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato numerosi contratti aventi tutti ad oggetto prestazioni di carattere non socio-sanitario ed educativo, "finalizzati – secondo quanto affermato dall'Asl – a creare opportunità di lavoro per persone svantaggiate". Gli affidamenti dei servizi in questione sono stati disposti tutti ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381/91, trattandosi di convenzionamenti diretti in deroga alla disciplina in materia di appalti pubblici. All'esito dell'esame della documentazione pervenuta, sono stati rilevati diversi aspetti critici nell'applicazione della richiamata normativa. Segnatamente, 5 contratti (riguardanti i servizi di portineria, di fornitura stampati, di gestione magazzino e relativi rinnovi e proroghe) superano il limite di importo entro cui è consentito il convenzionamento diretto con le cooperative sociali di tipo B. In proposito, a giustificazione degli affidamenti diretti sopra soglia è richiamata la normativa regionale di cui alla L.R. n. 87/97 e il conseguente protocollo di intesa. La legge regionale, tuttavia, lungi dal consentire deroghe estranee alla normativa nazionale, prevede sempre lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica quando i contratti siano sopra-soglia. Oltre a ciò è stato possibile rilevare anche che la totalità dei contratti ha subito proroghe o rinnovi ben oltre i limiti consentiti dall'attuale normativa in materia e cioè al di là dei tempi strettamente necessari all'indizione di nuove procedure selettive. A ciò si deve aggiungere che i contratti sottoposti ad indagine, relativi a molteplici tipologie di servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, dal 2006 ad oggi, sono stati tutti stipulati (e rinnovati/prorogati) con due sole cooperative sociali (ovvero "Solidarietà" e "Progetto Lavoro").

Sulla base delle predette considerazioni, si ritengono illegittimi gli affidamenti in convenzionamento diretto di quei servizi il cui importo supera la soglia di rilevanza comunitaria, non potendosi considerare dirimenti né – per le ragioni più sopra esposte – i richiami alla legislazione regionale, né comunque le perseguite finalità dell'inserimento lavorativo e sociale dei soggetti svantaggiati, dal momento che – come già ampiamente chiarito nella Delibera – tale inserimento lavorativo non può essere considerato un servizio, né tantomeno l'oggetto, di per sé, di una convenzione ai sensi dell'art. 5; infatti, mediante quest'ultimo strumento, l'amministrazione procedente – come più volte chiarito – "acquisisce servizi diversi da quelli socio-sanitari, nell'ambito della cui esecuzione saranno anche create nuove opportunità di lavoro per i soggetti indicati dalla legge" (sul punto, cfr. T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 11 marzo 2008, n. 40).

In merito al rilevato uso abnorme dello strumento della proroga contrattuale e all'eventuale mancanza di rotazione dei soggetti direttamente affidatari dei servizi de quibus, si richiamano per intero le relative conclusioni rassegnate in Delibera.

15) Prot. VISF/GE/ 10/57724

ASL Vercelli

Affidamenti esaminati: 1**Importo complessivo: € 197.442,15**

Valutazione. La procedura oggetto di accertamento era finalizzata alla stipula di convenzione con cooperativa di tipo B ai sensi della l. 381/91 per servizi di pulizia di alcune aree dell'Asl. Dalla documentazione prodotta dall'Amministrazione è emerso che l'affidamento è avvenuto mediante espletamento di procedura di cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006, con invito limitato alle sole Cooperative Sociali di tipo B. L'importo del contratto (inferiore alla soglia comunitaria riferita al periodo considerato, anno 2009: € 206.000,00), l'oggetto e il soggetto affidatario sono solo apparentemente conformi alle disposizioni della l. n. 381/91. Va infatti rilevato che – contrariamente a quanto sostenuto dall'Asl – poiché l'art. 1 del Capitolato Speciale d'appalto prevede che “l'espletamento del servizio avrà inizio alla data della determinazione di aggiudicazione ed avrà durata di 12 mesi eventualmente rinnovabile nel rispetto di quanto previsto dalla normativa vigente”; e che “è obbligo della ditta aggiudicataria accettare una eventuale proroga del contratto così come previsto dall'art. 6 del Capitolato Generale per le forniture economiche dell'ASL VC”, e poiché l'importo complessivo dell'affidamento (€ 197.442,15) non è comprensivo – come invece richiesto dalla legge – degli importi relativi alle eventuali proroghe, la scelta della procedura derogatoria di cui all'art. 5 della legge citata risulta di fatto illegittima: la somma degli importi supererebbe la soglia di rilevanza comunitaria, escludendo quindi in radice la possibilità per l'Asl di affidare il servizio mediante le procedure adottate.

Per tali motivi si sollecita l'Amministrazione, per il futuro, ad una applicazione scrupolosa delle norme in tema di proroghe dei contratti pubblici, nel rispetto dei principi ampiamente enucleati nella Delibera.

16) Prot. VISF/GE/10/57785**ASL Medio Friuli****Affidamenti esaminati: 4****Importo complessivo: € 901.756,37**

Valutazione. Nell'ambito dell'istruttoria non è emersa alcuna criticità, in quanto si è accertato che i servizi, riguardanti la pulizia per i servizi per l'handicap, affidati ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381/91, sono tutti sotto la soglia comunitaria per l'anno di riferimento. Per quanto riguarda le proroghe si invita l'Asl ad attenersi, per il futuro, a quanto detto in Delibera in ordine ai limiti del loro esercizio.

17) Prot. VISF/GE/10/57814**ASL Rimini****Affidamenti esaminati: 1****Importo complessivo: € 717.500,00**

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'affidamento del servizio di stampa moduli, avvenuto mediante convenzione ex art. 5 della legge n. 381/1991, pur trattandosi di importo superiore alla soglia comunitaria (€ 717.500,00) come evidenziato nella comunicazione di avvio del procedimento. Al riguardo, la stazione appaltante ha sottolineato che “considerata la finalità sociale di collocamento nel mercato del lavoro di soggetti fuori mercato che connota l'appalto quale programma di lavoro”, “il caso non sembra esulare in modo significativo da quanto è consentito dall'art. 52 del codice dei contratti, in base al quale è possibile riservare la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione esclusivamente alle cooperative di tipo B”; inoltre la cooperativa esecutrice è stata individuata dal Consorzio di cooperative sociali che operano nel territorio e che indica le singole cooperative a cui assegnare la convenzione in base ad un regolamento interno sottoscritto da tutte le consorziate e ad un criterio di rotazione. Le considerazioni dell'Asl precedente non possono essere condivise alla luce di quanto chiarito nella Delibera, sia riguardo al fatto che l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate non

può essere considerato un servizio, né l'oggetto della convenzione ex art. 5, sia in merito alle condizioni necessarie per l'applicazione dell'art. 52 del codice dei contratti; pertanto, poiché l'affidamento in discorso si è concluso il 31.12.2009, si invita la stazione per il futuro ad attenersi alle indicazioni contenute nella Delibera.

18) Prot. VISF/GE/10/57922

ASP Catania

Affidamenti esaminati: 2

Importo complessivo: € 334.800,00

Valutazione. All'esito della documentazione pervenuta, si è rilevato che gli affidamenti, entrambi concernenti il servizio di trasporto di campioni biologici, rientrano nei parametri indicati dalla legge n. 381/91, avendo ad oggetto servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, affidati a una Cooperativa di tipo B. Quanto ai dubbi circa un eventuale frazionamento degli affidamenti e al conseguente superamento della soglia comunitaria ove si sommassero gli importi di tutti i contratti riferiti al periodo considerato, la documentazione prodotta dall'Asl appare esaustiva nella dimostrazione che "i due rapporti posti in essere nel 2007 e nel 2010 sono distinti ed autonomi atteso che il primo... è stato istituito in via sperimentale nelle more di un definitivo assetto della rete laboratoristica dell'Azienda ed il suo rinnovo/proroga nel tempo è stato originato da esigenze evidenziate nel corso del tempo sulla base di specifiche richieste delle competenti strutture che si avvalgono del servizio in trattazione".

Cionondimeno, considerata, da un lato, la natura eccezionale del rimedio della proroga e, dall'altro, l'utilizzazione comunque ampia che ne è stata fatta nel caso in questione, anche al fine di evitare il rischio di una distorta applicazione dell'istituto del convenzionamento diretto che potrebbe derivarne, per il futuro si invita l'Asl a contenerne l'esercizio entro i limiti ben evidenziati nella Delibera; magari predisponendo per tempo le misure più adeguate volte ad evitare il ripetersi di disfunzioni organizzative per risolvere le quali diventi indispensabile il ricorso sistematico alle procedure in deroga alla disciplina ordinaria in materia di contratti pubblici.

19) Prot. VISF/GE/10/58381

ASL 10 – Veneto Orientale

Affidamenti esaminati: 4

Importo complessivo: 3.632.926,54

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'affidamento diretto dei servizi di pulizie e vari dell'ex ULSS 14 e di manutenzione aree verdi e integrazione lavorativa di disabili. Nel primo caso l'affidamento, disposto in applicazione della legge regionale n. 23/06 e della Delibera di Giunta n. 4189/07, non solo sembra avere ad oggetto tanto servizi socio-assistenziali che attività diverse, dovendosi così escludere per legge la possibilità di convenzionamento diretto; ma anche l'importo complessivo, per 3 anni di contratto, supera abbondantemente la soglia comunitaria (€ 2.677.200). In merito alla disciplina sulle cooperative sociali adottata dalla Regione Veneto si rinvia a quanto esposto nella Delibera, ove si conclude che una disciplina in materia di affidamenti alle cooperative sociali adottata a livello regionale con la quale si ammetta la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi all'appalto, quali il convenzionamento diretto all'art. 5 della legge n. 381/1991, oltre i limiti di cui alla legislazione nazionale, non può ritenersi legittima; ugualmente non può ritenersi legittima una disciplina regionale che pur in assenza dei presupposti di cui all'art. 52 del codice dei contratti, consenta alle amministrazioni procedenti di riservare la partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi alle sole cooperative sociali. In relazione al secondo affidamento non sembrano emergere particolari criticità quanto all'oggetto del servizio e agli importi; qualche perplessità in più sussiste, invece, in ordine alle motivazioni addotte dall'Asl per la scelta della cooperativa sociale affidataria, essenzialmente riconducibili all'unicità della stessa, come attività svolte e capacità di reinserimento dei soggetti svantaggiati, nell'ambito del territorio di riferimento. A tal riguardo, pur prendendo atto di

quanto affermato dall'Amministrazione, si invita comunque la stessa, considerati gli importi complessivi non irrisori, e al fine di evitare un uso distorto dell'istituto del convenzionamento, a valutare – come indicato anche nella Delibera – la possibilità di affidare il servizio per periodi più lunghi ovvero quella di accorpare un maggior numero di strutture; procedendo per importi più elevati sarebbe, poi, necessario un maggior confronto competitivo che possa garantire il rispetto dei principi di rotazione e di economicità.

20) Prot. VISF/GE/10/58497

ASL La Spezia

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: € 19.850.000,00

Valutazione. L'affidamento riguarda servizi di assistenza infermieristica domiciliare, di assistenza infermieristica e riabilitativa e il servizio tutelare e di ausiliario alla RSA aziendale, nonché l'assistenza infermieristica e riabilitativa alla R.P. Mazzini del Comune, di durata quinquennale. Trattasi, evidentemente, di contratto avente ad oggetto prestazioni di natura socio-assistenziale che per legge non possono essere affidate con convenzionamento diretto indipendentemente dal loro importo. Corretto appare, pertanto, l'aver proceduto all'affidamento dei servizi sopra menzionati mediante l'indizione di una gara (procedura aperta) la cui aggiudicazione è stata effettuata in conformità al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come previsto dagli artt. 81 e 83 del D.Lgs. n. 163/2006.

21) Prot. VISF/GE/10/58649

ASL Prato

Affidamenti esaminati: 10

Importo complessivo: 0

Valutazione. Nell'ambito dell'istruttoria non è emersa alcuna criticità, in quanto si è accertato che gli affidamenti esaminati, consistenti in "inserimenti socio-terapeutici", non sono stati disposti ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381/91, bensì nell'ambito del c.d. "sistema integrato di interventi e servizi sociali" ai sensi della legge quadro n. 328/2000. Più in particolare, si tratta di convenzioni stipulate con varie cooperative sociali ai sensi della L.R. Toscana n. 41/2005 (recante "Sistema integrato di interventi e servizi per la tutela dei diritti di cittadinanza sociale"), sulla base di quanto disposto dal DPCM 30 marzo 2001 (recante "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona previsti dall'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328"), per l'inserimento socio-terapeutico di soggetti svantaggiati in ambienti lavorativi, senza che ciò comporti – come prevede l'art. 1 della relativa convenzione – l'instaurarsi di un rapporto di lavoro regolato dal Codice Civile e dalla normativa vigente in materia. L'Asl in proposito afferma che "non corrisponde alcun pagamento al contraente la convenzione, ma esclusivamente un compenso forfetario/gettone di presenza [stabilito in un importo massimo di € 181,00 mensili] a favore del soggetto inserito".

22) Prot. VISF/GE/58804

ASL n. 15 Alta Padovana

Affidamenti esaminati: 11

Importo complessivo: 1.945.692

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato diversi affidamenti tutti aventi ad oggetto servizi riconducibili alle attività delle cooperative di tipo B (pulizia e manutenzione aree verdi) e di importo sotto-soglia. Nella propria relazione la stazione appaltante ha sottolineato che le convenzioni sono conformi sia alla disciplina nazionale di cui all'art. 5 della l. n. 381/91 che a quella regionale di cui alla l. r. n. 23/06. In ogni caso, deve rilevarsi che dal 2005 ad oggi ciascun servizio risulta affidato alla medesima cooperativa; pertanto, nel caso di specie, valgono le

considerazioni svolte nella Delibera rispetto ad un sistema che consista nel rinnovare di anno in anno la convenzione con la stessa cooperativa locale per l'erogazione dello medesimo servizio - anche se strumentale e di importo inferiore alle soglie comunitarie; nel richiamato provvedimento si conclude infatti che "non è conforme all'art. 5 della legge n. 381 del 1991, in ragione del carattere assolutamente eccezionale della richiamata disciplina, che non ammette una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale; pertanto, la stazione appaltante deve valutare la possibilità di affidare il servizio per periodi più lunghi ovvero accorpate un maggior numero di prestazioni e, procedendo per importi più elevati, garantire un confronto competitivo e il rispetto dei principi di rotazione e di economicità".

Infine, si rinvia a quanto diffusamente argomentato sempre nella Delibera in merito alle criticità rilevate nelle disposizioni contenute nella legge regionale del Veneto in materia di cooperative sociali.

23) Prot. VISF/GE/10/59176

ASL Livorno – Zona Distretto Elba

Affidamenti esaminati: 2

Importo complessivo: € 4.846.734, 80

Valutazione. I contratti esaminati, riguardanti i servizi di pulizia, rigovernatura e riordino dei Centri di Salute Mentale e la gestione del Laboratorio di Salute Mentale, sono stati entrambi affidati attraverso procedure di selezione riservate esclusivamente alle cooperative sociali di tipo B iscritte all'Albo della Regione Toscana, con espresso richiamo alla L.R. n. 22/2000 e alle forme previste dalla L.R. n. 87/97 e dalla deliberazione C.R.T. n. 335/1998. Entrambe le convenzioni sono state stipulate per una durata quinquennale e un importo complessivo superiore alla soglia comunitaria e perciò censurabili sotto il profilo del mancato rispetto dei limiti posti dalla normativa nazionale disciplinante la materia, L'Asl non ha fornito alcuna chiara motivazione in merito alla decisione di adottare la procedura derogatoria per l'affidamento dei contratti in oggetto; motivazione che non è desumibile neppure dalla lettura dei decreti di indizione delle procedure suddette. Sul punto, inoltre, è importante evidenziare che il richiamo alla succitata normativa regionale non è affatto dirimente, dal momento che in essa non si rinvengono disposizioni che consentano all'Amministrazione di bandire gare sopra-soglia riservate alle cooperative sociali di tipo B.

In relazione poi al servizio di gestione del Laboratorio di Salute Mentale si è rilevata l'illegittimità nell'applicazione dell'art. 5 della legge n. 381/91: trattasi infatti di servizio rientrante tra quelli c.d. socio-sanitari ed educativi esclusi, quindi, dal convenzionamento in deroga alle norme che disciplinano i contratti della P.A. Infine, per entrambi i contratti è prevista la possibilità di proroga: nel caso del servizio di pulizia, rigovernatura e riordino dei CSA essa è stata disposta – su richiesta della stessa Cooperativa già affidataria – con Determinazione del D.G. n. 585 del 17 luglio 2008 a decorrere dal 01/05/2008 al 30/04/2013, per una durata complessiva, dunque, di ulteriori 5 anni; nel caso del servizio di gestione del Laboratorio di Salute Mentale, invece, è prevista la possibilità di prorogare il contratto per ulteriori 2 anni dalla scadenza. Considerata l'estensione temporale di tali proroghe (nel secondo caso, per ora, solo eventuale), nonché la non riconducibilità del loro esercizio nell'alveo della normativa di settore, si ritiene di dover richiamare l'Asl all'esatta applicazione della stessa, così come chiarito in Delibera.

24) Prot. VISF/GE/10/60019

ASL Brindisi

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: 537.850,00

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria del verde per la durata di 3 anni disposto all'esito di una procedura riservata ai sensi dell'art. 52 del

codice e – come evidenziato nella relazione predisposta dalla stazione appaltante – in applicazione dell'art. 6 della legge regionale n. 21/93 recante “Iniziativa regionali a sostegno delle cooperative sociali e norme attuative della legge 8 novembre 1991, n. 381”; infatti, in base al comma 2 del richiamato articolo “Se sono presenti nel territorio di competenza del committente ente pubblico più cooperative sociali iscritte all'Albo di cui al 1° comma dell'art. 4, che provvedono alla fornitura dei beni e servizi richiesti, per l'individuazione del contraente, viene fatto ricorso alla gara d'appalto”. Poiché dalla documentazione pervenuta è emerso che la partecipazione alla gara è stata riservata alle sole cooperative sociali, senza altro specificare in ordine alla sussistenza degli specifici requisiti richiesti dalla legge per il riconoscimento delle partecipanti come laboratorio sociale, è stata evidenziata alla stazione appaltante la necessità di adeguarsi in caso di espletamento di procedure riservate ai sensi dell'art. 52 a quanto precisato da questa Autorità con Determinazione n. 2 del 23.01.2008.

Sebbene nella risposta inviata dall'amministrazione precedente si forniscano rassicurazioni sull'intenzione di adeguarsi per il futuro alle indicazioni di questa Autorità riguardo all'applicazione dell'art. 52, al contempo si evidenzia che la procedura si è svolta in conformità a quanto previsto dalla legge regionale 21/93 e dalla legge 381/91. Al riguardo, occorre invece ricordare che l'art. 5, c. 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381 consente di stipulare "anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della p.a." apposite convenzioni con le cooperative sociali per la fornitura di "beni o servizi" diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato sia inferiore alla c.d. soglia comunitaria.

Pertanto, in casi come quello dell'affidamento esaminato di importo superiore alle predette soglie, l'utilizzo delle convenzioni in discorso non può ritenersi consentito.

Più in generale, in merito all'art. 6 della legge della regione Puglia n. 21/93 si rimanda alle considerazioni esposte in Delibera.

25) Prot. VISF/GE/10/60025

ASL Roma C

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: € 20.000.000

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato la procedura concorsuale aperta per l'affidamento del servizio di gestione degli sportelli del Centro Unico di Prenotazione – mai aggiudicata - alla quale la ASL Roma C ha fatto erroneamente riferimento nella propria risposta alla richiesta formulata dall'OSAM. Negli atti di gara si è riscontrato che la procedura era riservata ai sensi dell'art. 52 “secondo le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali”. In merito, si fa presente che per la corretta applicazione del citato art. 52, non è sufficiente il richiamo alle norme sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, come già chiarito da questa Autorità con Determinazione n. 2 del 23.01.2008. Al riguardo si richiamano le considerazioni contenute nella Delibera.

In ogni caso, il bando per la nuova gara da ultimo approvato (deliberazione del Direttore Generale n. 134 del 25 feb. 2010) non presenta criticità, giacché la partecipazione è consentita a tutti i soggetti indicati dall'art. 34.

26) Prot. VISF/GE/10/60077

ASL Lecco

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: 1.136.566,00

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'affidamento del servizio di “assistenza educativa a disabili sensoriali audiolesi e ipo-non vedenti” aggiudicato in seguito all'esperimento di una procedura di gara, alla quale – in base alla relazione predisposta dall'azienda ed alla documentazione pervenuta – hanno potuto partecipare le sole cooperative sociali di tipo A, essendo richiesto come requisito di partecipazione l'iscrizione al relativo albo. Sebbene nel

riscontrare la comunicazione di risultanze istruttorie l'amministrazione precedente abbia chiarito che, diversamente da quanto prospettato da questa Autorità, la gara in questione non prevedeva la riserva di cui all'art. 52, sembra opportuno ribadire che le condizioni di cui all'art. 52 sono le sole che determinano la possibilità di limitare la partecipazione a determinate tipologie di soggetti. Infatti, negli altri casi, anche quando - come nel caso di specie - devono essere affidati servizi sociali (di cui all'All. IIB del Codice) valgono le disposizioni di cui all'art. 34 per quanto attiene alla natura giuridica dei soggetti che possono essere ammessi alle procedure di gara. Né rileva la circostanza evidenziata dalla stazione appaltante per cui i servizi oggetto di gara sono erogati solo da operatori costituiti in forma di cooperativa sociale, in quanto in ogni caso è d'obbligo consentire la partecipazione a tutti i possibili concorrenti senza porre limitazioni riferite alla forma giuridica che non sono ammesse dalla legislazione in materia di procedure di aggiudicazione.

27) Prot. VISF/GE/10/60263

ASL Roma D

Affidamenti esaminati: 4

Importo complessivo: € 5.500.360,73

Valutazione. L'accertamento ha riguardato il servizio di fornitura pasti presso i centri diurni dei DSM; le attività di supporto per utenti disagiati mentali e il servizio di sistemazione e manutenzione delle aree verdi. Il contratto di importo maggiore (€ 4.837.692,73 IVA al 4% compresa, per 3 anni), avente ad oggetto le attività di supporto per utenti disagiati mentali, è stato affidato a seguito dell'espletamento di una procedura aperta, riservata alle cooperative sociali di tipo A, in applicazione della L.R. n. 24/1996. In ordine alla questione delle gare sopra soglia riservate alla partecipazione delle sole cooperative sociali e ai dubbi profili di legittimità delle stesse, ancorché ammesse dalla legislazione regionale, si rinvia a quanto detto nella Delibera ove si conclude che una disciplina in materia di affidamenti alle cooperative sociali adottata a livello regionale con la quale si ammetta la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi all'appalto, quali il convenzionamento diretto all'art. 5 della legge n. 381/1991, oltre i limiti di cui alla legislazione nazionale, non può ritenersi legittima; ugualmente non può ritenersi legittima una disciplina regionale che pur in assenza dei presupposti di cui all'art. 52 del codice dei contratti, consenta alle amministrazioni procedenti di riservare la partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi alle sole cooperative sociali.

Relativamente agli altri affidamenti citati, dalla documentazione prodotta dall'Asl emergono significative discordanze tra gli importi presunti indicati nelle deliberazioni di indizione della procedura selettiva e quelli, più elevati, indicati nelle deliberazioni di aggiudicazione definitiva. Il problema appare, però, di diverso rilievo a seconda del contratto considerato. Si possono distinguere in definitiva 3 situazioni specifiche: la prima, relativa alla fornitura pasti affidata in data 01/03/2007, per la quale entrambi gli importi indicati sono sotto la soglia comunitaria per l'anno di riferimento (ovvero per l'anno 2007: € 211.000,00); la seconda, riguardante il nuovo contratto di fornitura pasti, affidato in data 01/12/2009, in cui l'importo presunto è sotto soglia mentre quello definitivo di aggiudicazione supera la soglia di riferimento (per l'anno 2009: € 206.000,00); infine, la terza situazione, inerente al servizio di sistemazione e manutenzione delle aree verdi affidato in data 01/04/2010, nella quale tanto l'importo presunto che quello di aggiudicazione sono superiori alla soglia comunitaria per l'anno 2010 (corrispondente ad € 193.000,00). A tal riguardo l'Amministrazione non ha fornito alcun chiarimento, dal momento che nelle note illustrative della documentazione richiesta si sostiene che le gare in questione "hanno importi sotto la soglia comunitaria vigente all'atto dell'indizione", o che "l'importo presunto di indizione rispecchia il regime transitorio tra il regolamento CE n. 1422/2007 (€ 206.000,00 limite soglia comunitaria) e il regolamento CE n. 1177/2009 (€ 193.000,00)". In coerenza con le valutazioni che precedono e rilevata, allo stato, l'inesistenza di un "regime transitorio" tra le vecchie e le nuove soglie per gli appalti pubblici istituite dai regolamenti CE, si deve concludere per l'illegittimità degli affidamenti sopra menzionati perché disposti oltre i limiti di importo previsti dalla normativa (derogatoria) di riferimento.

28) Prot. VISF/GE/10/60284

ASL Belluno

Affidamenti esaminati: 17

Importo complessivo: € 2.725.683,07

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato numerose convenzioni aventi ad oggetto servizi riconducibili alle attività delle cooperative di tipo B (pulizia, manutenzione, lavanderia, guardaroba, trasporto disabili, portineria e supporto alla ristorazione) di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, tutti affidati mediante convenzioni alla medesima cooperativa sociale locale nel periodo dal 2006 ad oggi; al riguardo, la stazione appaltante evidenzia che si tratta dell'unica cooperativa sociale di tipo B operante a livello locale. Inoltre, sono stati chiesti chiarimenti in merito all'affidamento del "servizio di gestione delle comunità terapeutiche e delle comunità alloggio" di importo sopra-soglia (€ 582.692,31), avvenuto senza il previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma – come chiarito dall'Azienda procedente – comunque in applicazione della legge regionale n. 23/06.

Nel caso di specie, valgono le considerazioni svolte nella Delibera rispetto ad un sistema che consista nel rinnovare di anno in anno la convenzione con la stessa cooperativa locale per l'erogazione del medesimo servizio, anche se strumentale e di importo inferiore alle soglie comunitarie; nel richiamato provvedimento si conclude infatti che non è conforme all'art. 5 della legge n. 381 del 1991, in ragione del carattere assolutamente eccezionale della richiamata disciplina, che non ammette una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale; pertanto, la stazione appaltante deve valutare la possibilità di affidare il servizio per periodi più lunghi ovvero accorpare un maggior numero di prestazioni e, procedendo per importi più elevati, garantire un confronto competitivo e il rispetto dei principi di rotazione e di economicità.

Infine, si rinvia a quanto diffusamente argomentato sempre nella Delibera in merito alle criticità rilevate nelle disposizioni contenute nella legge regionale del Veneto in materia di cooperative sociali.

29) Prot. VISF/GE/10/61004

Asl Treviso

Affidamenti esaminati: 9

Importo complessivo: 41.793.968,44

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'affidamento del servizio di ristorazione (a partire dal gennaio 2007 per la durata di 60 mesi) disposto all'esito di una procedura ristretta e accelerata aperta a tutte le tipologie di operatori e con pubblicazione del bando in GUCE (importo di € 41.233811,77); nel capitolato è stata inserita quale condizione di esecuzione l'obbligo di impiego delle persone svantaggiate ai sensi dell'art. 5 comma 4 della legge 381/91.

Inoltre, sono stati richiesti chiarimenti in merito a diversi affidamenti diretti ex art. 5 legge n. 381/81 aventi ad oggetto il servizio di data entry per anagrafe zootecnica e di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, tutti disposti in favore della medesima cooperativa sociale; al riguardo, la stazione appaltante ha evidenziato che nel 2010 è stata bandita una gara d'appalto per l'affidamento di diversi servizi amministrativi, tra i quali è incluso anche quello di data entry. In ogni caso, si rinvia a quanto evidenziato nella Delibera riguardo alla necessità di valutare la possibilità di accorpare un maggior numero di prestazioni e procedere con un importo complessivo più elevato, garantendo un maggior confronto competitivo e il rispetto dei principi di rotazione e di economicità.

Gli ulteriori affidamenti disposti in applicazione dell'art. 5 che sono stati esaminati riguardano invece l'esecuzione di un progetto di "reinserimento lavorativo di persone tossicodipendenti"; dalla documentazione inviata emerge che si tratta di servizi sociali, come peraltro affermato dalla stessa stazione appaltante che, nella Delibera n. 640/2008, richiama tra l'altro l'art. 20 del d.lgs. 163/06, affermando che lo stesso "stabilisce che agli appalti in materia sanitaria e di servizi sociali si applicano esclusivamente le disposizioni relative alla pubblicizzazione di cui agli artt. 68, 65 e 225 con esclusione inoltre dell'obbligo di invito di almeno 5 concorrenti che rimane

comunque una facoltà dell'affidante". In merito ai servizi di cui all'allegato II B, questa Autorità si è già più volte pronunciata evidenziando che essi restano soggetti, oltre che all'art. 20, anche all'art. 27 del d.lgs. n. 163/2006 in base al quale l'affidamento di contratti pubblici sottratti in tutto o in parte all'applicazione del codice deve avvenire nel rispetto di principi di evidenza pubblica e di buon andamento della pubblica amministrazione (da ultimo, deliberazioni n. 102 del 5 novembre 2009, n. 15 del 26 febbraio 2009); pertanto, non può condividersi l'assunto contenuto nel suddetto provvedimento, ma al contrario, deve ritenersi che non sia consentito prescindere dal rispetto della disciplina di cui all'art. 27 anche per i servizi sociali.

Ciò chiarito, deve poi evidenziarsi che trattandosi di servizi sociali, gli affidamenti esaminati seppur di importo inferiore alla soglia comunitaria non possono ricondursi all'ambito di operatività dell'art. 5 della legge n. 381/91; in particolare, l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate non può essere considerato un servizio, né tantomeno l'oggetto di una convenzione; infatti, mediante quest'ultimo strumento, l'amministrazione procedente – come più volte chiarito – acquisisce servizi diversi da quelli socio-sanitari, nell'ambito della cui esecuzione saranno anche create nuove opportunità di lavoro per i soggetti indicati dalla legge (sul punto, cfr. T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 11 marzo 2008, n. 40).

Infine, sulle criticità emerse riguardo alla legislazione della regione Veneto si rinvia alle considerazioni contenute nella Delibera.

30) Prot. VISF/GE/10/61274

ASL Napoli 1

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: € 18.749.742,18

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'affidamento dei "servizi psico-sociali e di riabilitazione per strutture ed articolazioni di distretti", disposto a seguito di una procedura aperta previa pubblicazione di bando comunitario, nel quale era indicato quale requisito di partecipazione l'iscrizione all'albo delle cooperative sociali. In seguito alla nota di contestazione, l'ASL procedente ha chiarito che in base a quanto previsto dagli atti di gara erano ammessi alla procedura tutti i soggetti di cui all'art. 34 e non solo le cooperative sociali; pertanto, si ritiene non sussistano criticità.

31)Prot. VISF/GE/10/61309

ASL Empoli

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: € 499.669,71

Valutazione. Il contratto esaminato, concernente i servizi di front e back office, segreteria e coordinamento di attività logistiche, è stato affidato mediante convenzionamento diretto ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381/91 al Consorzio Co&So EVV, costituito dalla maggior parte delle imprese sociali e delle cooperative operanti sul territorio afferente all'Azienda in oggetto. L'importo dell'affidamento supera la soglia comunitaria entro cui la citata legge ammette il c.d. convenzionamento diretto per la fornitura di servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi. Tale violazione della norma di riferimento non può considerarsi giustificata – come ritiene l'Amministrazione – sol perché "l'Agenzia formativa non era in grado di valutare con precisione i fabbisogni del servizio de quo in quanto la maggior parte dei finanziamenti regionali e del Fondo Sociale Europeo sarebbero intervenuti nel corso dell'anno" e dunque, per questo motivo, "non è stato inserito nella convenzione e nel relativo provvedimento autorizzatorio l'importo del servizio, ma solo una tariffa oraria differenziata in base alle attività da svolgere ed all'inserimento dei soggetti svantaggiati". Dalla lettura della Determinazione Dirigenziale n. 43 del 24 gennaio 2008 si desume che l'Asl ha inteso procedere al convenzionamento in questione con il solo fine di impiegare soggetti svantaggiati, il cui fabbisogno però non poteva essere preventivamente indicato e dunque economicamente quantificato nell'importo da porre a base dell'affidamento, in quanto legato alle attività che l'Agenzia per la Formazione avrebbe posto in essere nel corso dello stesso anno 2008. Al riguardo, però, giova sottolineare che in base a quanto dispone la

legge n. 381/1991 l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate non può essere considerato di per sé un servizio, né tantomeno l'oggetto di una convenzione ai sensi dell'art. 5; infatti, mediante quest'ultimo strumento, l'amministrazione procedente – come già chiarito in Delibera – acquisisce servizi strumentali alla propria attività, diversi da quelli socio-sanitari, nell'ambito della cui esecuzione saranno anche create nuove opportunità di lavoro per i soggetti indicati dalla legge (sul punto, cfr. T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 11 marzo 2008, n. 40).

Diversamente, dalla documentazione della ASL procedente sembrerebbe invece emergere una opposta ricostruzione, in base alla quale l'elemento dell'inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati non è soltanto la finalità delle distinte attività oggetto delle convenzioni, bensì proprio il servizio che l'affidatario è chiamato ad assicurare; tanto che per la precisa indicazione dell'importo complessivo dell'affidamento è stato necessario attendere l'indicazione dell'Agenzia per la Formazione in merito al numero esatto di soggetti svantaggiati da impiegare.

In ogni caso, anche a prescindere da queste ultime considerazioni, l'affidamento risulta in contrasto con la legge poiché questa non consente alle amministrazioni di stipulare convenzioni senza la previa individuazione del relativo importo stimato (al netto dell'IVA), la cui mancata indicazione, tra l'altro, consentirebbe una agevole elusione della disposizione che limita il ricorso al convenzionamento diretto ai casi di importi al di sotto della soglia stabilita dalle direttive comunitarie.

32) Prot. VISF/GE/10/62149

ASL Pescara

Affidamenti esaminati: 1

Importo complessivo: € 1.383.055,50

Valutazione. Il contratto sottoposto ad indagine, relativo al servizio di assistenza e gestione di un centro diurno e di una casa famiglia per pazienti psichiatrici, è stato stipulato all'esito di una procedura ristretta, indetta ai sensi dell'art. 55 Codice appalti, per un periodo di 5 anni "con facoltà di rinnovo per ulteriori 24 mesi". L'aspetto critico dell'affidamento in questione riguarda il largo utilizzo da parte dell'amministrazione dello strumento della proroga. In particolare la Cooperativa sociale "L'AIRONE" di Pescara è risultata affidataria del servizio a decorrere dal 26 luglio 1999 fino al 25 marzo 2007 sempre in regime di proroga del contratto originario della durata di un anno. La documentazione fornita non offre specifiche e adeguate motivazioni circa le ragioni che hanno indotto l'Asl a rinnovare il contratto con la suindicata cooperativa per un periodo complessivo di quasi 8 anni; come del resto non appare chiara la procedura attraverso cui si è addivenuti alla stipula del primo contratto di servizio del 1999. Al riguardo, "la necessità di assicurare la continuità terapeutica" nell'ambito delle sopra citate strutture dell'Asl – che appare essere l'unica giustificazione addotta per le reiterate proroghe – non può essere considerato motivo sufficiente per legittimare, in questo caso, l'operato dell'amministrazione; la quale però, anche dopo l'affidamento del servizio in questione a decorrere dal 31 ottobre 2010 a seguito dello svolgimento della gara più sopra menzionata, ha ancora una volta previsto la possibilità di rinnovare il contratto per ulteriori 24 mesi. Anche in questo caso, l'esercizio della facoltà di proroga risulta privo di qualsivoglia, espressa motivazione e dunque rimesso all'esclusiva volontà dell'Asl, priva così della necessaria copertura normativa. Su tale punto perciò si rinvia a quanto diffusamente esposto in Delibera e alle conclusioni ivi rassegnate.

33) Prot. VISF/GE/10/62151

ASL Napoli 2

Affidamenti esaminati: 4

Importo complessivo: 19.426.849, 40

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato l'affidamento del servizio di mediazione culturale con gli stranieri (importo € 195.000 iva inclusa), per il quale è stata espletata una procedura negoziata in economia alla quale sono state invitate tutte le cooperative di tipo A individuate attraverso una

rilevazione dell'Università. Per gli altri affidamenti tutti di importo sopra-soglia e relativi a servizi socio-sanitari sono state espletate due procedure aperte in applicazione del codice ed una procedura ristretta, per la quale era consentita la partecipazione a tutte le tipologie di operatori di cui all'art. 34; non sono state rilevate criticità.

34) Prot. VISF/GE/10/62199

ASL Torino 4 – Chivasso

Affidamenti esaminati: 14

Importo complessivo: 1.440.794,55

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato diversi contratti aventi ad oggetto i seguenti servizi: 1) gestione parcheggi del P.O. di Chivasso; 2) gestione bar interno del P.O. di Chivasso; 3) supporto amministrativo del P.O. di Settimo Torinese e di S. Mauro; 4) gestione fattorinaggio, trasporto e supporto logistico. Dalla documentazione prodotta dall'Asl è emerso che tutti i servizi in questione sono stati affidati tramite convenzionamento diretto a due sole cooperative di tipo B (la "Ginepro Uno" e "La Nuova Cooperativa"), ai sensi degli artt. 10 e 13 della L.R. Piemonte n. 18/1994, senza effettuare, quindi, alcuna procedura ad evidenza pubblica. L'esame documentale ha permesso di individuare talune dubbie applicazioni della disciplina del convenzionamento diretto. Nel caso di specie, valgono le considerazioni svolte nella Delibera rispetto ad un sistema che consista nel rinnovare di anno in anno la convenzione con la stessa cooperativa locale per l'erogazione dello medesimo servizio, anche se strumentale e di importo inferiore alle soglie comunitarie; nel richiamato provvedimento si conclude infatti che non è conforme all'art. 5 della legge n. 381 del 1991, in ragione del carattere assolutamente eccezionale della richiamata disciplina, che non ammette una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale; pertanto, la stazione appaltante deve valutare la possibilità di affidare il servizio per periodi più lunghi ovvero accorpate un maggior numero di prestazioni e, procedendo per importi più elevati, garantire un confronto competitivo e il rispetto dei principi di rotazione e di economicità.

Suscitano perplessità inoltre le motivazioni addotte dall'Asl in ordine alla scelta delle procedure in deroga, che appaiono tutte incentrate sull'inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati, più che sulla prioritaria necessità di acquisire un servizio strumentale all'attività

dell'amministrazione stessa. In proposito, occorre rimarcare – come detto in Delibera – che "l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate non può essere considerato un servizio, né tantomeno l'oggetto di una convenzione ai sensi dell'art. 5; infatti, mediante quest'ultimo strumento, l'amministrazione procedente – come più volte chiarito – acquisisce servizi diversi da quelli socio-sanitari, nell'ambito della cui esecuzione saranno anche create nuove opportunità di lavoro per i soggetti indicati dalla legge". Ciò ha particolare rilievo poiché "è fuor di dubbio che il ricorso al convenzionamento presuppone che ci sia la necessità da parte della stazione appaltante di acquisire servizi riconducibili alla lett. b) dell'art. 1 della legge n. 381/1991 [...] Infatti, l'ambito è comunque quello degli appalti in quanto la tutela del diritto al lavoro dei disabili è garantita da altri strumenti previsti dall'ordinamento, quale è il sistema delle assunzioni obbligatorie, di cui alla legge n. 68/99".

Infine, sono da considerare illegittimi, per le motivazioni ampiamente espresse nella Delibera, gli affidamenti relativi alla gestione dei parcheggi e del bar interno sopra citati, poiché le convenzioni ex art. 5 della legge n. 381/1991 possono avere ad oggetto la fornitura di beni e servizi – diversi da quelli socio-sanitari ed educativi di importo sottosoglia – in favore dell'amministrazione richiedente e non già la concessione di servizi pubblici o comunque di servizi al pubblico riconducibili all'art. 30 del codice dei contratti, per i quali la controprestazione consista nel diritto di gestire il servizio.

35) Prot. VISF/GE/10/62202

ASL Sassari

Affidamenti esaminati: 17

Importo complessivo: € 26.253.042,07

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato diversi contratti di importo superiore alla soglia comunitaria, per lo più aventi ad oggetto servizi socio-sanitari e per i quali sono state bandite delle gare comunitarie, nel rispetto del codice dei contratti.

I contratti stipulati senza previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica sono invece accordi contrattuali correlati al convenzionamento di strutture private al servizio sanitario.

Infatti – come si evince dagli articoli 8-quinquies e 8-sexies del D.Lgs. n. 502/1992 – all'accreditamento istituzionale, con il quale si dispone l'inserimento della struttura accreditata nell'ambito organizzativo del servizio pubblico sanitario, segue la stipula di accordi con i quali si indica "il volume massimo delle prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza".

I due atti l'accreditamento e la convenzione svolgono in realtà una funzione unitaria che è quella di abilitare la struttura ad erogare il servizio socio-sanitario agli utenti, nel limite del "volume massimo" concordato.

La giurisprudenza ha escluso che la natura giuridica dei predetti accordi possa essere ricondotta all'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici (cfr. Tar Piemonte sentenza n. 2562/07), pertanto, non sono state rilevate criticità.

36) Prot. VISF/GE/10/62682

ASL Veneto 20 – Verona (Dipartimento Servizi Sociali)

Affidamenti esaminati: 11

Importo complessivo: € 2.014.084,00

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato numerose convenzioni aventi ad oggetto servizi riconducibili alle attività delle cooperative di tipo B (supporto casse, inserimento dati veterinaria e UOIC, segreteria, gestione distrettuale organizzativa e di supporto, prenotazione) di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, tutti affidati ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381/91. Più specificamente, tutti i servizi in questione sono stati affidati tramite convenzionamento diretto con le cooperative sulla base della procedura prevista dalla L.R. n. 23/2006 e successiva DGR del Veneto n. 4189 del 18 dicembre 2007. Tuttavia, in merito alle criticità rilevate nelle disposizioni contenute nella legge regionale del Veneto in materia di cooperative sociali, si rinvia a quanto diffusamente argomentato nella Delibera.

Per quanto concerne gli importi dei contratti – come detto – tutti inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria e al loro presumibile frazionamento, anche nel caso di specie valgono le stesse considerazioni svolte nella Delibera rispetto ad un sistema che consista nel rinnovare di anno in anno (o per frazioni di anno) la convenzione con la stessa cooperativa locale per l'erogazione del medesimo servizio, anche se strumentale e di importo inferiore alle soglie comunitarie.

Sul punto è stata richiamata, tra le varie, un sentenza del TAR Lazio-Roma (Sez. III quater, 9 dicembre 2008, n. 11093), che ha ritenuto illegittimo l'operato dell'amministrazione procedente "... che eludendo il predetto art. 5, ha frazionato l'importo complessivo in più importi parziali relativi alle prestazioni connesse al servizio che ha dato in affidamento diretto togliendo, in tal modo, qualunque vitalità al limite di importo stabilito nella norma anzidetta al fine dell'operatività dell'eccezione in essa contenuta".

In ordine a questi ultimi rilievi, comunque, si prende atto del fatto che l'Asl, alla scadenza delle convenzioni in esame, ha provveduto ad indire procedure ad evidenza pubblica per l'acquisizione dei servizi sopra indicati. Ciò però costituisce, al tempo stesso, una implicita ammissione della criticità del sistema del convenzionamento diretto, precedentemente adottato, benché l'Amministrazione si sia contestualmente preoccupata di segnalare che tale sistema è stato

adottato perché “fortemente promosso dalla Regione Veneto”, e che “gli affidamenti... hanno comunque permesso un notevole risparmio economico rispetto a quanto affidato attraverso la procedura aperta al massimo ribasso” successivamente indetta.

In relazione alle proroghe, dalla documentazione dell'Asl emerge che la scadenza delle convenzioni è stata differita per il solo tempo necessario all'espletamento delle nuove procedure di gara per l'affidamento dei servizi in esame, pertanto entro i limiti della normativa in materia. Tuttavia, per la convenzione riguardante il servizio di prenotazione, c'è da rilevare che la proroga, essendo stata disposta in data 31/01/2008, per un importo pari a quello del primo contratto di affidamento (e cioè € 207.065,00 in data 17/08/2006), risulta di poco superiore alla soglia comunitaria, che dal 1° gennaio 2008 (v. Regolamento CE n. 1422/2007 del 4 dicembre 2007), e fino al 31/12/2009, risulta essere pari a € 206.000,00 (e non più € 211.000,00).

Per una corretta applicazione dello strumento della proroga si rinvia a quanto diffusamente indicato in proposito nella Delibera.

37) Prot. VISF/GE /10/63263

ASL Roma F

Affidamenti esaminati: 4

Importo complessivo: 11.759.588,48

Valutazione. Sono stati richiesti chiarimenti, trattandosi di affidamenti di importo sopra soglia ed in alcuni casi aventi ad oggetto servizi socio-sanitari (assistenza domiciliare, assistenza ospiti di centri di riabilitazione). La stazione appaltante ha risposto fornendo la documentazione delle procedure di evidenza pubblica all'esito delle quali sono stati disposti gli affidamenti.

Con riferimento all'affidamento del servizio CUP dalla documentazione inviata è emerso che nel 2004 l'Azienda ha deliberato di esternalizzare il servizio e di affidarlo “in via sperimentale” alla Cooperativa Capodarco; l'originario affidamento della durata di sei mesi è stato poi più volte prorogato; la cooperativa affidataria ha infatti gestito il servizio fino al 2008, quando è subentrata l'azienda che si è aggiudicata la procedura di gara bandita nel 2007; si è pertanto trattato di un affidamento considerato nel complesso non conforme ai parametri indicati dall'art. 5 della legge n. 381/91 in quanto l'originaria convenzione per la quale era stato pattuito un importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria è stata più volte prorogata. In tema di proroghe si rinvia alle considerazioni svolte nella deliberazione.

Ulteriori chiarimenti sono stati richiesti riguardo alle attuali modalità di gestione del servizio; si è riscontrato che lo stesso è ancora affidato alla cooperativa Capodarco, la quale si è aggiudicata la procedura di gara bandita nel 2008 per il periodo dal 01.02.2009 al 31.01.2012. Al riguardo, si rileva che non può considerarsi legittima la clausola che prevede la possibilità di rinnovare per ulteriori due anni il contratto attualmente in esecuzione, in quanto il corrispettivo per detto ulteriore periodo non è stato incluso nella base d'asta come si evince dalla documentazione inviata (Delibera di affidamento n. 10 del 19 gennaio 2009).

38) Prot. VISF/GE/10/65235

ASL BAT (Barletta-Andria-Trani)

Affidamenti esaminati: 7

Importo complessivo: € 825.307,69

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato alcuni contratti sostanzialmente afferenti a 2 tipologie di servizi: pulizia e sanificazione e assistenza riabilitativa residenziale tossicodipendenti e salute mentale. Dalla documentazione trasmessa dall'Asl è stato possibile distinguere, in relazione ai servizi di pulizia, i contratti stipulati a seguito di procedure attivate per la stabilizzazione triennale dei lavoratori socialmente utili appartenenti alla platea storica degli occupati a tale titolo presso le strutture dell'Azienda medesima, dalle convenzioni di durata annuale sottoscritte ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381/91.

Per quanto riguarda i primi, la stabilizzazione L.S.U. è disciplinata dal D.Lgs. n. 468/97, così come modificato e integrato dal D.lgs. n. 81/2000 (a norma dell'art. 45, comma 2, della legge n.

144/99); tale norma consente alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 2 di far "fronte a proprie esigenze istituzionali per l'esecuzione di servizi aggiuntivi non precedentemente affidati in appalto o in concessione", allo scopo di "creare le necessarie ed urgenti opportunità occupazionali per i lavoratori impegnati nei lavori socialmente utili", mediante la "costituzione di apposite società miste che abbiano ad oggetto attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto dei progetti" LSU in corso, "a condizione che la forza lavoro in esse occupata sia inizialmente costituita, nella misura non inferiore al 40 per cento, dai lavoratori già impegnati nei progetti stessi, ovvero in progetti di contenuti analoghi", effettuando la scelta – a tale scopo – del socio privato, anche senza l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica, purché si tratti di "società di capitale, anche in forma cooperativa, che risultino aver collaborato sin dall'inizio alla promozione, gestione e realizzazione dei progetti di lavori socialmente utili che hanno preceduto la costituzione delle società miste". Il comma quarto della norma richiamata ha previsto che i commi secondo e terzo dovessero trovare applicazione fino al 31.12.1999, ma l'art. 6, d.lgs. 28 febbraio 2000, n. 81, come modificato dal comma 71 dell'art. 52, L. 28 dicembre 2001, n. 448, ha stabilito che le disposizioni di cui ai commi primo, secondo e terzo avrebbero trovato applicazione fino al 31.12.2002.

Nel caso esaminato, il ricorso all'art. 10 d.lgs. n. 468/1997 (così come successivamente modificato dal d.lgs. 81/2000) contenuto nelle Deliberazioni n. 1300/2001 e 380/2002, sembra essere fondato, poiché sussistevano, nella specie, i presupposti per la sua applicazione.

In argomento, si ritiene comunque opportuno evidenziare che secondo le disposizioni di legge si deve trattare di interventi che in tanto possono essere affidati in via diretta, con la stipulazione di convenzioni di durata non superiore a 60 mesi, in quanto investano attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto di progetti di lavori socialmente utili, che cioè non siano state date in precedenza in appalto o in concessione (in tal senso v., ad esempio, TAR Puglia–Bari, Sez. I, Sent. n. 2265/2002). Inoltre appare indispensabile anche precisare che la frammentaria e lacunosa documentazione allegata dall'Asl, nonostante le reiterate richieste di integrazione, non ha consentito di ricostruire gli sviluppi giuridici dei contratti di stabilizzazione LSU per gli anni successivi al 2002. In ogni caso, giova sottolineare che la legge n. 306/2003 (legge comunitaria 2003, recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee") dispone all'art. 21 che all'articolo 10, comma 3, del decreto legislativo 1° dicembre 1997, n. 468, e all'articolo 1, comma 7, del decreto-legge 11 giugno 2002, n. 108, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2002, n. 172, le parole: "anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione" sono sostituite dalle seguenti: "nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti"; stabilendo, al contempo, che l'articolo 12, comma 6, del decreto legislativo 1° dicembre 1997, n. 468 è abrogato.

Per quanto riguarda le convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381/91, sempre per i servizi di pulizia, la pur scarsa documentazione pervenuta consente alcuni importanti rilievi. Gli affidamenti comunicati nella nota di riscontro alle richieste dell'OSAM (prot. n. 50183/2010) e per i quali sono state fornite le delibere di aggiudicazione, appaiono – prima facie – conformi alla richiamata disciplina derogatoria, in quanto rientranti nei limiti di importo e di oggetto ivi fissati. Sennonché, nella medesima nota sopra citata vengono indicati degli importi complessivi di tali affidamenti dal 2006 ad oggi, che almeno in un caso (convenzione con la cooperativa sociale "Turbo 86") sono ampiamente superiori alla soglia di rilevanza comunitaria (€ 426.420,69 IVA inclusa). Nel richiamare quanto detto in Delibera sui limiti di applicazione dell'art. 5 in questione, si ricorda anche che tanto gli affidamenti diretti reiterati di anno in anno, per i medesimi servizi, ad una stessa cooperativa sociale, quanto proroghe/rinnovi disposti al di fuori dei pochi casi consentiti, ove finalizzati ad eluderne la vincolatività, sono da considerare in contrasto con la normativa in materia. Nel caso di specie, in assenza di altre indicazioni dell'Amministrazione circa i provvedimenti con cui in successione sono stati disposti gli affidamenti dei servizi in questione, fatta eccezione per la prima deliberazione di aggiudicazione (n. 158/2006), appare quantomai opportuno rimarcare che – come già sostenuto in Delibera – un sistema che consista nel rinnovare di anno in anno la convenzione con la stessa cooperativa locale per l'erogazione del medesimo servizio, anche se strumentale e di importo inferiore alle soglie comunitarie "non è conforme all'art. 5 della legge n. 381 del 1991, in ragione del carattere assolutamente eccezionale

della richiamata disciplina, che non ammette una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale; pertanto, la stazione appaltante deve valutare la possibilità di affidare il servizio per periodi più lunghi ovvero accorpate un maggior numero di prestazioni e, procedendo per importi più elevati, garantire un confronto competitivo e il rispetto dei principi di rotazione e di economicità”.

Infine, relativamente ai tre contratti per i servizi di assistenza riabilitativa residenziale tossicodipendenti e salute mentale, nonostante l'esiguità della documentazione messa a disposizione dall'Asl, nonché l'assenza di una nota esplicativa a corredo, sembra potersi comunque desumere che l'Amministrazione abbia affidato i servizi di quibus mediante convenzionamento diretto con le cooperative sociali esercenti la tipologia di attività specificamente richieste. Anche in questo caso è indispensabile sottolineare che attualmente il nostro ordinamento non prevede per l'affidamento dei servizi socio-sanitari ed educativi la stipula di convenzioni in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, e ciò indipendentemente dal loro importo. Piuttosto, trattandosi (eventualmente) di servizi contemplati nell'Allegato IIB del Codice Contratti, e in quanto tali sottratti all'applicazione integrale della disciplina sugli appalti pubblici, si ritengono soddisfatte le esigenze connesse alla tutela della concorrenza e al rispetto dei principi che sorreggono il corretto agire amministrativo, quando l'affidamento sia preceduto almeno da una gara informale (ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 20 e 27 del D.Lgs. 163/2006).

39) Prot. VISF/GE/10/80345

ASL Massa Carrara

Affidamenti esaminati: 6

Importo complessivo: € 937.408,23

Valutazione. I contratti esaminati, aventi ad oggetto i servizi di CUP telefonico, back office, riciclo ausili per invalidi civili e servizi di trasloco, giardinaggio, tinteggiatura, sono stati stipulati all'esito di procedure di gara, la cui partecipazione è stata riservata alle cooperative sociali di tipo B ai sensi dell'art. 52 Codice contratti.

L'esame della documentazione di gara fa emergere un quadro della normativa applicata dalla stazione appaltante piuttosto composito, nel quale il richiamo alla normativa derogatoria dell'art. 5 della l. n. 381/91 si inserirebbe nell'ambito delle procedure previste per i servizi esclusi di cui all'Allegato IIB e in quello ancora più vasto degli appalti riservati a norma appunto del già citato art. 52.

Pur prendendo atto che l'Asl ha di fatto affidato i servizi in questione solo a seguito di procedure di gara ampiamente pubblicizzate e cercando di garantire la massima partecipazione, benché riservate (e per questo motivo, tra l'altro, non definibili propriamente come “aperte”) ad una sola tipologia di soggetti economici, nondimeno sembra opportuno richiamare il giudizio espresso nella Delibera circa la corretta attuazione della legislazione in deroga sulle cooperative sociali. Al riguardo, sommariamente si ricorda che: 1) l'art. 5 non può trovare applicazione in nessun caso ove l'importo del contratto da aggiudicare sia superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, a prescindere da qualsiasi normativa regionale di segno opposto; 2) i servizi affidabili con lo strumento del convenzionamento diretto non possono essere quelli socio-assistenziali ed educativi; 3) i servizi di natura diversa, attraverso i quali l'Asl crea opportunità di lavoro per le persone svantaggiate (es.: prenotazione telefonica, manutenzione verde, pulizia PP.OO., front e back office, smaltimento rifiuti, giardinaggio, traslochi, ecc..) non possono essere considerati socio-assistenziali, e per ciò assoggettati alla disciplina dei servizi esclusi (All. IIB), solo in considerazione del fatto che il fine perseguito è di natura socio-assistenziale (consistendo appunto nell'impiego di lavoratori svantaggiati, che altrimenti non troverebbero, seguendo i canali ordinari di reclutamento, alcuna occupazione); 4) non è possibile affidare servizi socio-assistenziali ed educativi a cooperative sociali di tipo B; 5) l'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate non può essere considerato un servizio, né tantomeno l'oggetto di una convenzione ai sensi dell'art. 5, poiché il ricorso al convenzionamento presuppone che ci sia innanzitutto la necessità da parte della stazione appaltante di acquisire servizi strumentali riconducibili alla lett. b) dell'art. 1 della legge n. 381/1991 e, nell'ambito di tali necessità, la possibilità di orientare la

sceita degli affidatari dei servizi richiesti verso quei soggetti (ovvero le cooperative sociali) che prevedono, tra gli altri, l'impiego di lavoratori "svantaggiati" per i fini sopra menzionati; 6) la disciplina degli "appalti riservati" (ex art. 52 del D.Lgs. 163/2006) non è sovrapponibile a quella derogatoria delle cooperative sociali, che infatti viene espressamente eccettuata proprio in apertura di articolo, essendone diversi i presupposti e le condizioni di applicazione, come più diffusamente spiegato in Delibera.

Alla luce delle criticità emerse dall'analisi delle procedure in oggetto, si sollecita l'Amministrazione, per i futuri affidamenti, ad una applicazione coerente delle norme in materia di cooperazione sociale, essendo tale disciplina a carattere assolutamente eccezionale e perciò di stretta interpretazione.

40) Prot. VISF/GE/10/80510

ASL Caserta

Affidamenti esaminati: 15

Importo complessivo: € 1.323.210,08

Valutazione. Gli accertamenti hanno riguardato diversi contratti per l'espletamento dei servizi di global service (presso SIR/CDR di Bellona e il CSM di Capua) e di pulizia (presso UU.OO.SS.MM. di Maddaloni e Caserta) dal 2005 ad oggi. Dalla documentazione inoltrata dall'Asl emerge un quadro piuttosto problematico degli affidamenti in questione: trattasi, in effetti, di servizi aggiudicati attraverso procedure di convenzionamento diretto con le cooperative sociali, al di fuori dell'evidenza pubblica e per i quali, sebbene gli importi dei singoli contratti siano sotto la soglia di rilevanza comunitaria, la scelta dell'affidatario si è però appuntata, negli anni, invariabilmente sugli stessi soggetti già operanti sulla base di precedenti contratti, che l'Amministrazione ha sempre provveduto a rinnovare alla scadenza, in attesa della costituzione dell'Albo del c.d. terzo settore e dunque della possibilità di indire più trasparenti procedure di gara pubblica. A ciò si deve aggiungere l'illegittimità conclamata di taluni provvedimenti di assegnazione: l'Asl stessa asserisce che l'affidamento del servizio di global service, per quanto riguarda la Cooperativa "Primula", è irregolare perché caratterizzato da una "reiterazione di proroghe proposte ed effettuate da struttura non competente e non delegata al procedimento"; mentre per la parte della Cooperativa "Teseo" l'illegittimità "parte sin dal primo atto di assegnazione giacché effettuato da struttura e dirigente non competente e non autorizzato, seppur cointeressato al servizio reso per effetto del proprio incarico" (così il Direttore Amministrativo del DSM, in data 23 novembre 2010, nella Relazione conclusiva al mandato per la predisposizione dell'istruttoria richiesta dal Commissario Straordinario).

Alla luce delle considerazioni che precedono e soprattutto della volontà manifestata, anche in occasione della presente indagine, dalla nuova direzione commissariale dell'Asl di riportare le procedure di affidamento alle cooperative sociali nell'alveo di una più corretta applicazione della normativa in materia, garantendo maggiore trasparenza, pubblicità e il rispetto delle formalità inerenti ai provvedimenti amministrativi di aggiudicazione, si ritiene di dover ribadire – al momento – soltanto il richiamo ad una più rigorosa osservanza delle norme che regolano gli affidamenti dei contratti pubblici.

Per tutto quanto non esplicitamente richiamato, valgono anche in questo caso le indicazioni generali e le conclusioni, contenute nella Delibera, cui le Asl sono sollecitate ad attenersi per il futuro.

41) Prot. VISF/GE/10/83140

ASL Veneto 16 – Padova

Affidamenti esaminati: 10

Importo complessivo: € 1.692.386,34

Valutazione. L'istruttoria ha riguardato dieci contratti stipulati con cooperative sociali di tipo B, attinenti a 2 diverse tipologie di servizi: manutenzione zone erbose, pulizia viali, marciapiedi, piazzali, pulizie dei presidi ospedalieri e raccolta/trasporto, interno ed esterno, di rifiuti

assimilabili agli urbani.

I contratti aventi ad oggetto la manutenzione zone erbose e pulizie varie sono stati affidati tutti ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381/91 a cooperative sociali di tipo B, per importi inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria. Cionondimeno, suscitando qualche perplessità l'applicazione della proroga/rinnovo contrattuale, soprattutto per la loro durata complessiva, si rinvia a quanto detto nella Delibera al fine di sollecitare una osservanza più stretta delle norme che ne consentono eccezionalmente l'esercizio. Parimenti, si rimanda alle osservazioni contenute nella Delibera in ordine ai rischi di elusione sostanziale della normativa derogatoria insiti in un sistema che preveda il rinnovo di anno in anno della convenzione con la stessa cooperativa locale per l'erogazione del medesimo servizio, anche se strumentale e di importo nominale inferiore alle soglie comunitarie.

Per quanto attiene all'aggiudicazione del servizio di raccolta/trasporto, interno ed esterno, di rifiuti assimilabili agli urbani valgono quasi per intero le considerazioni appena svolte per l'altra tipologia di servizi. Analogamente, infatti, è contestabile il suo reiterato affidamento alla medesima cooperativa sociale (che, da quanto è possibile evincere dalla documentazione prodotta, gestisce tale servizio da prima del 2006 a tutt'oggi) in convenzionamento diretto, per periodi relativamente brevi (9 mesi). Diversamente, però, dall'altro servizio esaminato, in questo caso solo le convenzioni stipulate a partire dal 2009 sono rispettose del limite di importo fissato dalla legge in materia e corrispondente – come noto – alla soglia di rilevanza comunitaria per l'anno di riferimento. Il primo affidamento oggetto di disamina, infatti, per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2007 e il 31 dicembre 2008, ha un importo (€ 504.710,90 IVA esclusa) ampiamente superiore alla citata soglia e pertanto disposto in violazione dell'art. 5 già menzionato.

La circostanza che la normativa regionale per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale, di cui alla L.R. n. 23/2006 e alla D.G.R. n. 4189/2007, che disciplina le modalità di affidamento dei servizi alle cooperative sociali, contempri la possibilità di affidare “qualsiasi appalto pubblico quale che sia il suo oggetto (acquisizione di servizi, forniture o esecuzione lavori) o il suo valore, sia di rilevanza comunitaria che sotto soglia” (v. punto 4 della Delibera di giunta, recante “Procedura riservata per le Cooperative Sociali di tipo B – Art. 13 L.R. 23/2006”), di cui tra l'altro manca – a differenza degli altri casi – un espresso riferimento nella deliberazione di aggiudicazione del D.G. n. 940/2007, non è dirimente per le motivazioni ampiamente esposte nella Delibera. In particolare vale la pena rimarcare, per il caso in esame, la parte in cui si conclude che una disciplina in materia di affidamenti alle cooperative sociali adottata a livello regionale con la quale si ammetta la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi all'appalto, quali il convenzionamento diretto all'art. 5 della legge n. 381/1991, oltre i limiti di cui alla legislazione nazionale, non può ritenersi legittima; ugualmente non può ritenersi legittima una disciplina regionale che pur in assenza dei presupposti di cui all'art. 52 del codice dei contratti, consenta alle amministrazioni procedenti di riservare la partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi alle sole cooperative sociali”.

Per una diversa conclusione non sembra possa riconoscersi alcun rilievo al fatto che la quota di spesa (€ 15.141,33) in carico all'Asl rispetto all'ammontare complessivo del servizio sia di importo minimo e dunque abbondantemente sotto soglia; e ciò perché l'affidamento ha senza dubbio carattere unitario: l'Azienda ULSS n.16 di Padova, infatti, a seguito di procura generale al D.G. della medesima Azienda, agisce in nome e per conto anche dell'Azienda Ospedaliera di Padova e dell'Istituto Oncologico Veneto. Ai fini delle valutazioni che qui rilevano, dunque, la ripartizione interna della spesa tra i vari soggetti che si avvalgono del servizio è del tutto indifferente.

42) Prot. VISF/GE/10/83400

ASUR Marche

Affidamenti esaminati: 3

Importo complessivo: € 1.629.827,46

Valutazione. I contratti riguardanti il “trasporto non sanitario-ristorazione e mensa-front e

back office” e lo “svolgimento di attività lavorative con valenza di riabilitazione psichiatrica e reinserimento lavorativo”, sono stati affidati all’esito di procedure negoziate riservate alla partecipazione delle cooperative di tipo B. In entrambi i casi sono state rilevate le stesse anomalie procedurali, benché i loro effetti siano diversi in relazione al singolo contratto considerato.

Nella propria relazione l’Amministrazione, illustrando le ragioni che l’hanno indotta ad adottare le procedure derogatorie di cui alla legge n. 381/91, afferma che in tal modo ha inteso attivare dei percorsi “finalizzati a creare opportunità di lavoro per persone svantaggiate”; sennonché, contestualmente, viene fatto espresso riferimento all’art. 20 Codice dei contratti che, disponendo in ordine agli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell’Allegato IIB, “tra i quali si annovera l’affidamento di cui si tratta”, giustificerebbe l’applicazione dei soli artt. 68, 65 e 225, nonché dell’art. 27 del medesimo Codice a garanzia del rispetto, in ogni caso, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

Il richiamo ad entrambe le discipline normative – quella sul convenzionamento diretto ai sensi dell’art 5 della l. n. 381/91 e quella sui servizi esclusi dell’All. IIB – è in evidente contraddizione: se, infatti, i servizi di cui si tratta rientrassero tra quelli socio-sanitari ed educativi, come afferma la stazione appaltante, sarebbe esclusa ipso iure l’applicabilità della disciplina derogatoria, adottabile esclusivamente per l’affidamento di “attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi” alle cooperative di tipo B, che a loro volta non possono essere assegnatarie di servizi appunto socio-sanitari ed educativi, e che però sono state le uniche – come detto – ammesse a partecipare alla procedura selettiva.

D’altra parte – secondo quanto già evidenziato nella Delibera – l’inserimento lavorativo delle persone svantaggiate non può essere considerato di per sé un servizio, acquisibile direttamente attraverso il convenzionamento con le cooperative sociali, e perciò tanto meno un servizio socio-sanitario, che in quanto tale si vorrebbe sottoposto alla disciplina dei contratti esclusi (All. IIB).

Questa commistione di norme, che di fatto determina un indebito stravolgimento interpretativo delle stesse, sortisce però degli effetti diversi sui due contratti in considerazione.

Nel caso, infatti, del servizio di trasporto non sanitario-ristorazione e mensa-front e back office, il cui importo ammonta a € 1.379.142,06, esclusa per le ragioni anzidette l’applicabilità del combinato disposto degli artt. 20 e 27 Codice contratti, è da ritenersi illegittima anche l’applicazione della disciplina di cui all’art. 5 della l. n. 381/91, trattandosi di un affidamento il cui importo complessivo supera ampiamente la soglia di rilevanza comunitaria per l’anno di riferimento (2006 - € 211.000,00).

Sotto altro profilo non sembra possibile annoverare, come invece contraddittoriamente fa la stazione appaltante, i servizi in questione tra quelli di cui all’All. IIB solo per la presenza, tra gli altri, di quello di ristorazione e mensa: e ciò perché, pur volendo ammettere la riconducibilità, tutt’altro che certa, di tal servizio a quello rubricato come “servizi alberghieri e ristorazione”, esso si trova congiunto ad altri servizi (ossia trasporto non sanitario e front/back office) sicuramente non compresi nell’All. IIB.

Relativamente al secondo contratto, invece, privilegiando una interpretazione conservativa, che cioè faccia prevalere la sostanza sulla forma, si ritiene che, ancorché affetto dagli stessi vizi procedurali del primo, appena enucleati, essendo il suo importo largamente sotto-soglia (€ 118.685,40), l’errato inquadramento giuridico della fattispecie non determini, in concreto, effetti pregiudizievoli di sorta.

In argomento, occorre anche evidenziare che il richiamo alla legislazione regionale – specificamente della L.R. Marche n. 34/2001 (recante “Promozione e Sviluppo della cooperazione sociale”) – non appare una idonea giustificazione dell’operato dell’Amministrazione. Tale legislazione, infatti, pur promuovendo la c.d. cooperazione sociale e incentivando con fondi regionali il ricorso allo strumento convenzionale ai fini del raccordo dei servizi socio-sanitari, assistenziali ed educativi con le attività di formazione professionale, non sembra consentire un’applicazione della disciplina derogatoria diversa da quella indicata dalla normativa nazionale in materia; e in ogni caso la norma regionale deve sempre essere interpretata in conformità ai principi generali e alle disposizioni speciali che attualmente regolano gli appalti pubblici di servizi.

Per le motivazioni che precedono, si invita dunque l’Amministrazione procedente ad attenersi,

per il futuro, alle indicazioni desumibili dalle conclusioni rassegnate in Delibera e, più in generale, ad una più corretta applicazione della disciplina derogatoria richiamata.

Per quanto riguarda, infine, l'affidamento del servizio di "attività motoria riabilitativa di gruppo", una nota del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato/Economato, attesta che, trattandosi di servizio socio-sanitario, "è affidato a cooperativa di tipo A e pertanto sottratto al caso ed ai presupposti normativi assunti nella richiesta dell'AVCP ed oggetto del relativo approfondimento"; l'indicazione dello stesso tra gli affidamenti ai sensi della legge n. 381/91 sarebbe dunque dipesa "da un'errata comunicazione di questa ZT11 in risposta ad una risalente indagine conoscitiva dell'AVCP". Dalla documentazione successivamente pervenuta emerge, in effetti, che il servizio de quo è stato affidato all'esito di una procedura di gara informale, con invito alle cooperative di tipo A, ai sensi dell'art. 5 della L.R. n. 34/2001 e in conformità alla disciplina inerente ai servizi contenuti nell'All. IIB, di cui al combinato disposto degli artt. 20 e 27 del D.Lgs. 163/2006. _